EXPLICATION

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU CODE NAPOLÉON

II

A la même Administration.

TRAITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE

et des droits respectifs des époux; par MM. Rodière, professeur à la Faculté de droit de Tou louse, et Paul Pont, conseiller à la Cour de cassation. 2e édition. 3 vol. in-8. Prix, 27 fr.

Les tomes I et II sont en vente.

RÉPERTOIRE GÉNÉRAL ET RAISONNÉ DE L'ENREGISTREMENT

ou **Nouveau Traité en forme de Dictionnaire des droits d'enregistrement, d transcription, de timbre, de greffe, et des contraventions dont la répression es confiée à l'Administration de l'Enregistrement.** — 3 vol. in-4° à deux colonnes, con tenant la matière de 30 vol. in-8 ordinaires, par M. D. Garnier, député au Corps législatif ancien employé supérieur de l'Enregistrement et des Domaines. 21e *tirage*, 4e *édition*, mis au courant de la jurisprudence jusqu'au 1er janvier 1857. — Prix, *franco*, 47 fr.

Moyennant ce prix, on reçoit gratuitement l'année courante du *Répertoire périodique*, jour nal qui fait suite au *Répertoire alphabétique* et qui le complète.

Les années 1857 à 1863 inclusivement dudit *Répertoire* se vendent au prix de 7 fr. l'une. — Les années 1864 à 1867 coûtent 10 fr. chacune.

Abonnement annuel. — Prix, 12 fr., payables d'avance.

L'Administration aura toujours, à la disposition des demandeurs, des exemplaires, reliés ave soin, du *Répertoire général alphabétique* et du *Répertoire périodique*.

Prix des reliures : *Répertoire général*, 3 vol. in-4° réunis en 2 vol., demi-chagrin, 7 fr.

Répertoire périodique, deux années en un volume, demi-chagrin, 2 fr. le volume.

Les années 1865, 1866 et 1867 sont reliées séparément.

DICTIONNAIRE DE COMPTABILITÉ, MANUTENTION ET PROCÉDURE

A L'USAGE DES AGENTS DE L'ENREGISTREMENT, DES DOMAINES ET DU TIMBRE, ET DES CONSERVA TEURS DES HYPOTHÈQUES; par Charles Géraud, sous-chef à la Direction générale de l'enregistre ment et du timbre. — 3 vol. in-4°, contenant la matière d'environ 15 vol. in-8. Prix, 30 fr.

Bulletin trimestriel faisant suite au *Dictionnaire de comptabilité, manutention e procédure*. — Abonnement annuel, 5 fr.

TRAITÉ PRATIQUE ET THÉORIQUE DES RADIATIONS HYPOTHÉCAIRES

Contenant le développement des principes, l'examen de la jurisprudence, et la discussion de questions controversées; ouvrage faisant suite au *Dictionnaire du Notariat*, et mis en concor dance avec le *Journal des Notaires*, le *Journal des Conservateurs des hypothèques*, et plu sieurs autres recueils périodiques; par M. Ernest Boulanger, docteur en droit, rédacteur l'Administration centrale des Domaines. — 1 vol. in-8 de 700 pages. Prix, 8 fr. *franco*.

MANUEL DE LA PERCEPTION DES DROITS DE TIMBRE

Par E.-J. Dufresne, vérificateur de l'Enregistrement. — 1 vol. in-8 de 300 pages. Prix, 5 fr *franco*.

MANUEL DU SURNUMÉRAIRE DE L'ENREGISTREMENT

des domaines et du timbre, par M. Flour de Saint-Genis, directeur des Domaines officier de la Légion d'honneur. — *Neuvième édition*, augmentée d'un *Tarif général des droit et amendes*.

Ce livre est adopté, depuis 1854, par les comités d'examen. — Prix, 7 fr. 35 c. *franc contre un mandat sur la poste.*

LES CODES FRANÇAIS

Collationnés sur les textes officiels, par Louis Tripier.

Ces Codes sont les seuls où sont rapportés les textes du Droit ancien et intermédiaire nécessaires à l'intelligence des articles, et aussi les seuls qui sont suivis d'un *Bulletin de l législation française*, donnant, immédiatement après leur promulgation, les lois et décret d'intérêt général.

19e édition, 1868, 1 vol. grand in-8.	20 fr.	»
Demi-reliure, veau ou maroquin.	23	»
Les mêmes. — Edition diamant, 1 vol. in-32.	6	»
Demi-reliure, veau ou maroquin.	7	50

Paris. — Typographie de J. Best, rue St-Maur-St-Germain, 15

EXPLICATION

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU CODE NAPOLÉON

CONTENANT

L'ANALYSE CRITIQUE DES AUTEURS ET DE LA JURISPRUDENCE

ET UN

TRAITÉ RÉSUMÉ APRÈS LE COMMENTAIRE DE CHAQUE TITRE;

PAR V. MARCADÉ,

Ancien avocat à la Cour de Cassation, au Conseil d'État et du Ministère de l'Intérieur,
l'un des rédacteurs-fondateurs de la *Revue critique de Jurisprudence*.

SIXIÈME ÉDITION

Augmentée de plusieurs Questions et des Lois et Arrêts récents.

La science du droit consiste autant dans la réfutation des faux principes que dans la connaissance des véritables.
Répertoire de MERLIN, v° *Novation*.

TOME DEUXIÈME

PARIS

DELAMOTTE, ADMINISTRATEUR DU RÉPERTOIRE DE L'ENREGISTREMENT
par M. Garnier,

9, RUE CHRISTINE-DAUPHINE, 9

1868

Les deux premiers et la première section du troisième s'occupent des enfants légitimes. En effet, le premier parle de la filiation des enfants légitimes ; le second, des preuves de cette filiation ; et la première section du troisième, de la légitimation des enfants nés avant le mariage. — La seconde et dernière section du chap. 3 traite des enfants illégitimes.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES OU NÉS DANS LE MARIAGE.

3. Cet intitulé est inexact. Ce n'est pas seulement l'enfant *né* en mariage qui est réputé légitime; c'est aussi *et surtout* celui qui est *conçu* en mariage, alors même qu'il ne serait né qu'après la dissolution. Le principe de la légitimité, c'est, d'après l'art. 312, la conception dans le mariage; si le simple fait de la naissance en mariage produit aussi ce résultat, ce n'est que par une disposition de faveur qui n'est même pas toujours susceptible de s'appliquer, comme on va le voir plus loin.

312. — L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.

Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme.

SOMMAIRE.

I. Observations générales. Règle *Pater is est.*
II. Durée légale de la gestation la plus longue et de la gestation la plus courte. — Comment se compte le délai. Dissentiment avec Toullier et M. Zachariæ.
III. De l'action en désaveu. — Elle n'est permise que pour trois causes. — Explication de la première.

I. — 4. L'enfant vraiment légitime est, toujours et uniquement, celui qui est conçu des œuvres de deux individus mariés au moment de la conception. Donc, pour savoir si un enfant qui arrive au monde est ou non légitime, il y aurait trois choses à faire : 1° rechercher l'époque de la conception ; 2° regarder si à cette époque la mère qui vient d'accoucher était mariée; 3° voir si celui qui alors était son mari est bien le père de l'enfant. Or, de ces trois choses, il en est deux que la nature nous met dans l'impossibilité de connaître avec certitude; car s'il est facile de savoir que telle femme est accouchée de tel enfant et que cette femme était mariée à telle époque, il ne nous est pas donné de savoir à quelle époque précise cet enfant a été conçu, ni quel homme l'a engendré. C'étaient donc de simples présomptions qu'il fallait ici ériger en règles. C'est ce que fait notre article.

Il déclare d'abord que, quand une femme est mariée au moment

qu'elle conçoit, le mari de cette femme est le père de l'enfant. Et, en effet, le crime étant une exception et ne pouvant pas, dès lors, se supposer comme principe, le devoir de fidélité conjugale doit faire admettre, jusqu'à preuve contraire, que l'enfant appartient au mari. De même donc que la loi romaine disait : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* (Dig., l. 2, t. 4, 5), notre Code proclame que « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. »

II. — 4 *bis*. Quant à l'époque de la conception, la loi ne pouvait la déterminer qu'approximativement, en indiquant le délai le plus court possible, et le délai le plus long possible, de la grossesse. C'est ce qu'elle fait dans le deuxième alinéa, en déclarant, à l'occasion de la preuve de non-paternité que voudrait faire le mari, que la gestation ne peut jamais durer moins de cent quatre-vingts jours, ni plus de trois cents jours (1). Donc, la conception peut se placer au choix, et selon que le demande l'intérêt de l'enfant, à tel ou tel moment des cent vingt et un jours qui se sont écoulés depuis le trois centième jour avant la naissance jusqu'au cent quatre-vingtième. Ainsi, l'enfant qui naît le cent soixante-dix-neuvième jour depuis la célébration du mariage, ou plus tôt, a été conçu avant le mariage; celui qui naît le trois cent et unième jour après la dissolution, ou plus tard, n'a été conçu qu'après le mariage : rigoureusement et en principe, ni l'un ni l'autre ne sont légitimes. Il en serait autrement si le premier était né dans la journée suivante, et que le dernier fût né dans le jour précédent.

Cette proposition, que l'on peut prendre où la plus courte gestation ou la plus longue, selon que le demande l'intérêt de l'enfant, est suffisamment proclamée par la raison : car il est évident que c'est en faveur de l'enfant qu'est accordée cette latitude de cent vingt et un jours. Mais elle est justifiée en outre par le texte même du Code, dans les art. 314 et 315. En effet, d'après l'art. 314, le mari ne peut désavouer l'enfant comme conçu avant le mariage, que quand cet enfant naît *avant* le cent quatre-vingtième jour du mariage; et réciproquement, d'après l'art. 315, la légitimité de l'enfant ne peut être contestée que quand cet enfant est né trois cents jours révolus après la dissolution du mariage. Du reste, il n'importe pas que ce soit au commencement, au milieu ou à la fin de la journée, que la naissance ait lieu, pourvu qu'elle se réalise dans la cent quatre-vingtième journée au plus tôt, ou dans la trois centième journée au plus tard. Le texte même de notre article le dit, et c'est là, d'ailleurs, le principe général d'après lequel la loi suppute les délais; elle compte toujours *de die ad diem,* jamais *de momento ad momentum* (art. 2147, 2260 et 2261).

5. Tout le monde est d'accord sur ce point; mais on ne l'est plus

---

(1) Nous avons déjà dit que, d'après le calendrier républicain, sous lequel le Code a été fait, ces chiffres répondaient à ceux de six mois et de dix mois, chaque mois étant alors de trente jours. Aujourd'hui que les mois sont composés d'un nombre inégal de jours, ce n'est pas le délai de six ou dix mois qu'il faudrait prendre, mais, rigoureusement, celui de cent quatre-vingts jours ou de trois cents jours.

quand il s'agit de savoir s'il faut compter le jour de la célébration dans les cent soixante-dix-neuf jours après lesquels commence la légitimité, et celui de la dissolution dans les trois cents jours après lesquels cette légitimité s'arrête. Les uns, notamment Toullier (II, 791), veulent qu'on les compte tous deux; M. Zachariæ (III, p. 623), se fondant sur la règle qui veut que pour la supputation des délais en général on ne compte pas le jour d'où part le délai, *dies a quo non computatur in termino,* enseigne qu'on ne doit compter ni l'un ni l'autre.

S'il fallait choisir entre ces deux doctrines, nous n'hésiterions pas à suivre la dernière, appuyée sur la règle générale des délais; mais nous croyons devoir les rejeter toutes deux. Les règles générales de supputation des délais de prescription ou de procédure ne peuvent s'appliquer à une matière que quand les principes particuliers de cette matière ne s'y opposent pas. C'est ce qui arrive ici pour le calcul par jour et non par heure. Mais la règle qui rejette le *dies a quo* dans les deux délais des cent soixante-dix-neuf jours et des trois cents jours, aussi bien que celle qui les admet pour tous deux, serait ici une violation et de la pensée et du texte de la loi. C'est ici la faveur de la légitimité qui a fait resserrer ou étendre le délai, autant qu'il était possible; c'est donc cette faveur de la légitimité qu'il faut prendre pour point de départ. Ainsi, il est de toute justice que dans les cent soixante-dix-neuf jours qui doivent s'accomplir à partir du mariage, on compte le *dies a quo,* le jour même de la célébration, puisqu'au jour de cette célébration, la conception légitime était déjà possible. Aussi l'art. 314 ne permet-il de désavouer, pour conception antérieure au mariage, que l'enfant né *avant* le cent quatre-vingtième jour *du mariage,* c'est-à-dire en dedans des cent soixante-dix-neuf jours du mariage; or, le premier jour du mariage, c'est celui de la célébration, et non pas le lendemain. Réciproquement, dans les trois cents jours par l'expiration desquels la légitimité s'évanouit, la faveur de cette légitimité demande qu'on ne comprenne pas le *dies a quo,* le jour de la dissolution, puisque dans ce jour la conception légitime était encore possible. Aussi l'art. 315 ne permet-il de déclarer illégitime, pour conception postérieure au mariage, que l'enfant né, non pas le trois centième jour, mais trois cents jours (révolus et entiers) *après* la dissolution; or, au minuit qui suivra la dissolution, il est clair qu'il n'y aura pas un jour après la dissolution, laquelle a pu n'arriver, par la mort du mari, qu'à dix ou onze heures du soir.

Donc, le *dies a quo* est compris dans les cents soixante-dix-neuf jours du mariage, et il ne l'est pas dans les trois cents jours de la dissolution.

Et qu'on ne reproche pas à notre doctrine, comme le fait M. Zachariæ, d'être inconséquente, en admettant d'un côté ce qu'elle rejette de l'autre. La prétendue inconséquence, d'abord, appartiendrait, non à notre interprétation, mais à la loi même, qui donne les deux décisions dans les art. 314 et 315; mais cette prétendue inconséquence n'existe pas, et la loi est très-rationnelle. La loi est rationnelle, puisque le

principe qui sert de point de départ ici, c'est l'intérêt de la légitimité, et que cet intérêt commande d'admettre dans un cas, et de rejeter dans l'autre, le *dies a quo*. Les deux décisions opposées sont donc, l'une et l'autre, dans les circonstances opposées auxquelles elles s'appliquent, la conclusion logique des prémisses posées (1).

III. — 6. Nous avons dit que la présomption d'après laquelle l'enfant conçu par une femme mariée appartient au mari, n'est admise par la loi que jusqu'à preuve contraire. Le mari, en effet, est admis, non pas absolument, mais dans trois circonstances, à désavouer l'enfant conçu par la femme pendant le mariage, c'est-à-dire à prouver et faire déclarer que cet enfant n'est pas de lui (2). L'une de ces circonstances est indiquée par notre article; les deux autres sont prévues par le suivant.

La première cause qui ouvre au mari l'action en désaveu contre l'enfant conçu par l'épouse pendant le mariage, c'est l'impossibilité physique où il aurait été de cohabiter avec sa femme pendant les cent vingt et un jours dans lesquels se place la conception. Cette impossibilité doit résulter, soit de la séparation des époux, soit d'un accident qui aurait mis le mari hors d'état d'avoir aucun commerce avec sa femme. Le texte de la loi, et avec lui la raison, nous disent qu'il ne suffirait pas d'une grande improbabilité, d'une grave difficulté, de ces présomptions que moralement et par manière de parler on appelle aussi des impossibilités; il faut une impossibilité physique, matérielle, absolue. Ainsi, quoique les époux demeurent habituellement l'un à Paris, l'autre à Bourges, le mari ne pourrait pas être admis à prouver que pendant les cent vingt et un jours à l'un desquels remonte la conception il n'a pas quitté Bourges, et que pendant ce temps sa femme n'est pas sortie de Paris. L'intervalle pouvant se franchir en sept ou huit heures, le mari aurait donc pu déjeuner un jour à Bourges avec des amis, et y dîner dès le lendemain après avoir passé à Paris plusieurs heures avec sa femme, ce qui n'empêcherait pas des témoins très-consciencieux d'affirmer qu'ils l'ont vu à Bourges tous les jours. Sans doute, on ne peut pas exiger un éloignement tel que la distance qui séparait les époux n'ait pu être franchie en cent vingt et un jours; car chacun des époux pouvant faire la moitié du chemin, ce délai leur suffirait pour se réunir en partant des deux bouts du monde, et le globe entier ne présenterait pas deux points assez distants pour donner lieu à l'application de notre article. Mais il faut une distance assez grande pour que le juge, au moyen des circonstances indiquées par les témoins, acquière la certitude qu'il a été complétement impossible aux époux de se réunir un seul instant. On conçoit, du

---

(1) *Conf.* Massé et Vergé (I, notes 4 et 19 sur le § 161); Arras, 6 mai 1857 (Dev., 57, II, 370).

(2) Le désaveu ne peut être formé avant la naissance de l'enfant. Bedel (p. 149); Demolombe (V, nº 161); Aubry et Rau (IV, p. 589); Massé et Vergé (I, p. 303, note 52).

reste, que c'est là un point de fait abandonné à l'appréciation des tribunaux (1).

L'accident dont parle l'article doit également être de nature à empêcher le mari d'accomplir l'acte de la génération; il faut que cet accident le frappe d'une impuissance qui, si elle ne doit pas toujours rester, dure au moins pendant les cent vingt et un jours. De plus, cet accident doit être postérieur au mariage; le texte et l'esprit de la loi l'indiquent assez. D'un côté, en mettant l'accident survenu au mari sur la même ligne que l'éloignement, la loi fait voir qu'il ne s'agit pas de faits antérieurs au mariage; d'autre part, l'article suivant, en ne permettant jamais au mari un désaveu fondé sur son impuissance naturelle, alors même que cette impuissance serait manifeste, prouve que le législateur ne veut pas entendre la plainte de ce mari, quand c'est lui qui est en faute d'avoir trompé sa femme (2).

313. — Le mari ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant : il ne pourra le désavouer même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père.

En cas de séparation de corps prononcée, ou même demandée, le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né trois cents jours après l'ordonnance du président, rendue aux termes de l'article 878 du Code de procédure civile, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux.

SOMMAIRE.

I. Deuxième cause de désaveu contre l'enfant conçu en mariage. Elle est fondée sur l'impossibilité morale de cohabitation.

II. C'est au mari de prouver, d'abord l'adultère coïncidant à l'époque de la conception et le recel de la naissance, et ensuite les faits justificatifs de sa non-cohabitation.

III. L'action peut être reçue sous la condition de donner plus tard la preuve du recel et de l'adultère; mais cette preuve doit toujours être donnée en outre de celle des autres faits. Erreur de plusieurs arrêts. Contradiction de M. Demolombe. — *Quid* du recel de la grossesse ?

IV. Troisième et dernière cause de désaveu, introduite par la loi du 6 décembre 1850, pour le cas de séparation de corps.

1. — 7. La seconde cause qui permet au mari d'intenter une action

(1) L'incarcération de l'un des époux peut être considérée comme constituant un cas d'impossibilité physique de cohabitation entre eux pour cause d'éloignement. Paris, 5 mars 1853 (Dev., 54, II, 122; *J. Pal.*, 53, I, 452; Dall., 53, II, 165). *Conf.* Demolombe (V, n° 30). — *Voy.* aussi Montpellier, 24 déc. 1857 (Dev., 59, II, 524; *J. Pal.*, 59, 609). *Dict. not.* (Désaveu de paternité, n° 12).

(2) *Conf.* Aubry et Rau (IV, § 545, p. 581). *Contrà :* Demolombe (2e édit., t. V, n° 35).

en désaveu contre l'enfant né de sa femme et conçu pendant le mariage, c'est l'adultère de l'épouse suivi de cette circonstance, que cette épouse a caché au mari la naissance de l'enfant.

Mais il faut bien entendre l'article : ce double fait que la femme s'est rendue coupable d'adultère et a ensuite caché au mari la naissance de l'enfant ne suffit pas pour faire déclarer que l'enfant n'est pas du mari ; il permet seulement à celui-ci de prouver qu'il n'est pas le père. Il se pourrait fort bien, en effet, que la femme eût eu des relations coupables avec un étranger au moment auquel se place approximativement l'époque de la conception, et qu'ensuite la pensée que cet enfant appartient à son amant la porte à céler la naissance au mari ; il se pourrait, disons-nous, que ces deux circonstances fussent réunies, et que pourtant les rapports habituels et ordinaires du mari et de la femme missent dans l'impossibilité d'affirmer que l'enfant n'est pas de ce mari ; les rapports du mari avec sa femme étant même plus fréquents que ceux de l'amant, il y a plus de probabilité que l'enfant appartient au premier. Seulement, comme ces deux faits de l'adultère coïncidant avec l'époque possible de la conception et du recel de la naissance, donnent une grande gravité à la prétention du mari, la loi lui permet de poursuivre son désaveu et d'ajouter à la preuve de ces deux faits, dont le tribunal tiendra compte, la preuve d'autres faits propres à compléter la justification du désaveu.

Ces autres faits seraient l'éloignement habituel des époux qui ne demeurent pas dans le même pays, les mésintelligences qui régnaient entre eux, l'âge très-avancé ou la maladie du mari, etc. : en un mot, toutes les circonstances propres à établir l'impossibilité morale de la paternité du mari.

II. — 8. C'est au mari, comme le prouve assez l'économie de notre article, et comme le demandent d'ailleurs les principes généraux, qu'est imposée la preuve de tous les faits qui doivent motiver l'admission du désaveu. Ce n'est pas à la femme d'établir qu'elle n'est point adultère, qu'elle n'a rien fait pour cacher la naissance de l'enfant ; c'est au mari de justifier tout ce qu'il avance : *Incumbit probatio ei qui dicit, non ei qui negat*. En vain dirait-on avec Delvincourt, quant au recel de la naissance, que c'est là un fait négatif : car la loi demande au mari, non pas de prouver qu'il n'a point connu la naissance, mais de prouver que la femme a employé tel ou tel moyen pour la lui cacher, ce qui constitue assurément un fait très-positif.

Au reste, on conçoit que les tribunaux ont ici, comme dans tout procès en général, une entière latitude pour décider si tel ou tel fait est suffisamment prouvé, et qu'à défaut de démonstrations rigoureuses, qu'il est assez rare de rencontrer, ils peuvent et doivent puiser leur conviction dans les présomptions que fait naître l'ensemble des circonstances, conformément à l'art. 1353.

Nous avons dit que l'adultère, pour qu'il permette au mari de désavouer l'enfant, doit se placer dans les cent vingt et un jours dans lesquels la conception a eu lieu. Et en effet, on conçoit que l'allégation

d'un adultère commis il y a sept ou huit ans ne donnerait aucune vraisemblance à la prétention du mari qui soutient que l'enfant qui vient de naître n'est pas de lui. Notre article, d'ailleurs, en demandant simultanément l'adultère et le recel de la naissance, fait assez comprendre qu'il entend parler d'un adultère dont cette naissance peut être le fruit. Mais ce qu'on vient de dire sur la latitude dont les tribunaux jouissent pour l'admission des preuves modifie beaucoup la rigueur qui résulte de la nécessité de cette coïncidence. En effet, les tribunaux pouvant, et devant au besoin, puiser leur conviction dans de simples présomptions, si le mari prouvait des relations coupables à une époque peu antérieure aux cent vingt et un jours de la conception, et que le recel de la naissance fût à son tour bien établi, la preuve de ces deux faits donnerait une grande force aux indices, si légers qu'ils fussent, de la continuation de ces relations pendant les cent vingt et un jours, et les juges pourraient déduire de l'ensemble des faits une preuve suffisante de la réalité de l'adultère à cette dernière époque.

III. — 9. Ce n'est pas avant d'être admis à procéder sur sa demande en désaveu que le mari a besoin de prouver l'adultère et le recel de la naissance; sa demande peut être reçue, avant aucune preuve, sous la condition et à la charge par lui d'établir plus tard, d'abord l'adultère et le recel, puis les autres faits propres à donner, ou plutôt à compléter, la justification de son désaveu. S'il en était autrement, s'il lui fallait prouver l'adultère et le recel avant d'intenter ce désaveu, la combinaison des textes du Code conduirait à l'absurde. En effet, le plus long délai accordé au mari pour intenter le désaveu, c'est deux mois, à partir de la naissance à lui connue (art. 316); or, avant que le mari eût fait juger, d'abord au tribunal civil, et ensuite (car on ne manquerait pas d'appeler) à la Cour d'appel, le recel et l'adultère, il s'écoulerait nécessairement plus de deux mois; et on répondrait ensuite à ce mari que son désaveu n'est plus recevable... C'est donc sous la simple condition de fournir plus tard toutes les preuves voulues par la loi que l'action sera reçue dès l'origine.

10. Mais de ce que l'action peut et doit être reçue, sauf la preuve postérieure de l'adultère et du recel, il faudrait bien se garder de conclure, comme l'ont fait plusieurs arrêts, que cette preuve postérieure n'a pas besoin, en ce qui touche l'adultère, d'être donnée directement; et que le mari peut, en prouvant d'abord le seul fait du recel, arriver de suite aux faits qui justifient qu'il n'est pas le père de l'enfant. A quoi bon, dit-on, exiger la preuve séparée et spéciale de l'adultère, puisque si le mari prouve que l'enfant n'est pas de lui, il sera prouvé par là même que la femme a été adultère?

Ainsi un arrêt de Rouen qui avait jugé dans ce sens ayant été frappé de pourvoi, la chambre des requêtes a maintenu la décision par un arrêt du 25 janvier 1831, dans la dernière partie duquel on lit : « Attendu, sur l'art. 313, que le recèlement de la naissance est la seule condition exigée par la loi pour l'admission du désaveu FONDÉ SUR L'ADULTÈRE; que la preuve juridique de l'adultère serait même *abso-*

lument sans objet, la preuve que le mari n'est pas le père de l'enfant désavoué ne pouvant être faite sans emporter nécessairement celle de l'adultère de la femme; qu'il suffit donc que la naissance ait été cachée au mari pour qu'il y ait lieu d'admettre le désaveu pour cause d'adultère, etc. » (Dev., I, 81.)

C'est là un cercle vicieux qui viole aussi bien les règles de la logique que la pensée et le texte de notre article. Puisque la loi, hors le cas d'impossibilité physique de cohabitation, n'admet le mari à justifier son désaveu que sur la preuve faite d'un adultère et d'un recel, il ne peut donc pas être question d'un adultère auquel on n'arrive que par la conséquence du désaveu déjà justifié... On nous demande à quoi servirait la preuve séparée de l'adultère. Mais qui donc pourrait ne pas comprendre l'immense différence qui existe entre un mari se contentant de rendre extrêmement probable aux yeux des juges qu'il n'a eu aucun commerce avec sa femme à l'époque de la conception de l'enfant, et celui qui, en faisant cette même justification, donne, en outre, la preuve directe et précise de relations criminelles entretenues par sa femme avec tel jeune homme, à cette même époque ?... Qu'on le remarque bien, quand le mari peut prouver d'une manière absolue qu'il n'y a eu aucun rapport entre lui et sa femme dans les cent vingt et un jours de la conception; quand il peut établir l'impossibilité *physique,* c'est-à-dire rigoureusement certaine, de la cohabitation; alors, ce n'est plus le cas de notre article, mais le cas de l'article précédent, et le mari peut désavouer en prouvant uniquement cette impossibilité. La raison le voulait ainsi; mais la raison voulait également que, quand le mari établirait seulement l'invraisemblance de sa paternité, une grande improbabilité, en d'autres termes, l'impossibilité seulement *morale,* il la corroborât par d'autres circonstances. Eh bien, les autres circonstances que la loi demande, c'est l'adultère prouvé de la femme et le recel de la naissance. C'est parce qu'on a confondu l'impossibilité physique, prévue par l'art. 312, avec l'impossibilité morale prévue par notre article, qu'on n'a pas compris celui-ci. Et que signifieraient donc, dans la théorie fausse que nous combattons, ces mots de notre article : MÊME *pour cause d'adultère?* Quelle signification ont-ils, s'ils ne veulent pas dire *en cas d'adultère spécialement et directement prouvé ?...*

Aussi a-t-il été dit au Corps législatif : « Le projet de loi n'admet l'exception de l'impossibilité morale... que sous trois conditions formelles : il faut que l'adultère soit constant...; il faut que la femme ait caché à son mari la naissance...; et ces deux conditions remplies, il faut encore que le mari présente la preuve des faits propres à justifier, etc. » (Fenet, t. X, p. 217.)

Ces idées sont si vraies, que les arrêts qui s'en sont écartés ont été forcés de se contredire et en sont venus à réfuter eux-mêmes leur propre doctrine. En effet, ils parlent du cas spécial d'un *désaveu fondé sur l'adultère,* puis ils disent que l'adultère est nécessairement la base de *tout désaveu.* Mais si l'adultère est le fondement de tout désaveu,

qu'y a-t-il donc de particulier dans le désaveu que vous dites fondé sur l'adultère? Quelle différence y a-t-il entre les désaveux de l'une et de l'autre espèce?... Cette différence est bien simple : dans l'art. 312, c'est l'admission du désaveu qui produit la preuve de l'adultère; dans notre article, au contraire, c'est la preuve de l'adultère qui produit l'admission du désaveu. Mais s'il en est ainsi, si la preuve de l'adultère qui, dans l'art. 312, n'est que l'effet du désaveu, en devient ici la cause, il faut donc que cette preuve soit faite avant que le désaveu soit admis (1).

11. Peu importe, on le conçoit assez, l'ordre dans lequel ces trois preuves seront faites; on peut très-bien prouver l'impossibilité morale de la paternité du mari avant les relations adultères de la femme. Mais il faut toujours que ce triple objet soit prouvé; et en dehors de la réunion de ces trois circonstances, le désaveu ne pourrait pas être admis sans violation de la loi. Ainsi, par exemple, le recel de la naissance ne pourrait pas être remplacé par la déclaration que ferait la femme reconnue adultère que l'enfant n'est pas de son mari. Il est bien vrai que le recel de la naissance n'a pas d'autre effet que de prouver chez la femme cette pensée que l'enfant n'est pas du mari, et il semblerait dès lors naturel de croire qu'un aveu formel de sa part devrait avoir la même force. Ce serait une erreur cependant; il se pourrait fort bien que la femme eût la conviction de la paternité du mari, et que néanmoins elle lui jetât à la face une déclaration contraire par colère, par vengeance, ou encore pour donner à son amant la croyance d'une paternité dont elle-même ne croit rien (2).

Ce recel de la naissance ne pourrait pas être remplacé non plus, selon nous, par le recel de la grossesse. Ainsi, qu'une femme ait dissimulé à son mari, au moyen d'un voyage ou autrement, son état de grossesse jusqu'au septième, huitième ou neuvième mois, mais qu'elle le lui ait enfin fait savoir et ait accouché à sa pleine connaissance, il n'y aurait pas lieu d'admettre le désaveu, puisque la naissance n'aurait pas été

---

(1) *Conf.* Duranton (III, 52); Proudhon et Valette (II, p. 30-33); Zachariæ (III, p. 640); Duvergier (sur Toull., II, 816); Aubry et Rau (IV, § 545, p. 577). Alger, 18 nov. 1858 (Dev., 59, II, 303; *J. Pal.*, 59, 311). — *Voy.* Cass., 14 fév. 1854 (Dev., 54, I, 225; *J. Pal.*, 54, I, 425; Dall., 54, I, 89). — Quant à M. Demolombe (V, nos 40-46), il enseigne ici le oui et le non sans le remarquer. Il commence par combattre comme nous le système des arrêts; mais il finit par combattre le nôtre et retomber à son insu dans le premier, en croyant prendre un milieu qui ne saurait exister. Sans doute, dit-il, il y a trois preuves à faire : celle de l'adultère est indispensable, et en cela la jurisprudence a tort; mais cette preuve n'a pas besoin d'être séparée, elle résultera suffisamment des faits qui prouvent la non-paternité du mari!... Comment M. Demolombe n'a-t-il pas vu que déclarer suffisante une preuve de l'adultère ne reposant que sur les faits qui prouvent la non-paternité, c'est, en définitive, dire, comme les arrêts, que cette preuve de l'adultère est surabondante, et qu'au lieu de trois preuves à faire, il n'y en a réellement que deux : celle du recel et celle de la non-paternité? C'est certes bien évident, puisque toutes les fois qu'il sera constaté que le mari n'est pas le père, il sera forcément constaté par cela même que la femme a été adultère. Il n'y a pas ici de milieu possible entre les deux systèmes contraires de la jurisprudence et de la doctrine, et l'explication de M. Demolombe est une flagrante contradiction.

(2) *Voy.* Montpellier, 24 déc. 1857 (Dev., 59, II, 524; *J. Pal.*, 59, 609).

cachée (1). Il est vrai que la chambre des requêtes a encore jugé le contraire; mais c'est à nos yeux une nouvelle erreur, moins lourde sans doute que la précédente, mais certaine encore. Fortement attachée à cette maxime protectrice du repos des familles, *pater is est quem nuptiæ demonstrant,* la loi déclare que, dans le cas qui nous occupe, le mari *ne pourra pas* désavouer, à moins que la *naissance* ne lui ait été cachée; et puisque la présomption de paternité est la règle, et la faculté de désavouer une exception, il faut donc, comme partout où il s'agit d'exceptions, rester scrupuleusement dans les limites de la loi sans se permettre de les étendre... Or, est-ce que le recel de la grossesse est même chose que le recel de la naissance? est-ce que le premier est aussi grave que le second? est-ce que telle femme qui ne ferait peut-être jamais un recel de naissance (parce qu'elle en sentira l'importance pour son enfant, parce que la venue de cet enfant éveillera en elle une force, un courage, une exaltation de sentiments et d'idées qu'elle n'avait pas avant) ne se décidera pas facilement à un simple recel de grossesse?... Le recel de la naissance est d'une tout autre gravité que celui de la grossesse; on ne peut pas, dès lors, attribuer à celui-ci l'effet que la loi n'accorde qu'à celui-là.

En vain l'arrêt et le rapport qui l'a préparé nous disent que la naissance est *un fait complexe qui se compose des deux faits élémentaires : grossesse et accouchement,* d'où la conséquence que la grossesse est la naissance (dans sa première partie) aussi bien que l'accouchement est la naissance (dans sa seconde partie), en sorte que cacher la grossesse, c'est cacher la naissance et rentrer ainsi dans les termes mêmes de la loi! Quelle incroyable fausseté d'idées! Non, certes, la grossesse n'est pas la naissance, elle en est le préliminaire; l'enfant ne naît pas pendant neuf mois, il naît en quelques heures : la naissance, c'est, comme le disent tous les dictionnaires du monde dans toutes les langues possibles, « la *sortie* de l'enfant du sein de sa mère » ; la naissance, c'est uniquement l'accouchement, et quand notre titre dans ses divers articles nous parle d'une *naissance* s'accomplissant trois cents jours ou cent quatre-vingts jours avant ou après tel événement, ou d'une action qui doit s'intenter dans tel délai depuis la *naissance,* il n'entend certes pas parler d'un phénomène qui dure neuf mois et qui commence par la conception pour finir par l'accouchement, il n'entend parler que du seul accouchement... Sans doute il y a quelque chose de complexe dans ce qui nous occupe ici, mais ce quelque chose n'est pas la naissance, c'est le *recel* de la naissance. Le recel de la naissance implique et contient le recel de la grossesse elle-même; car il faut bien que la femme qui veut cacher au mari son accouchement commence par lui cacher sa grossesse. Mais ceci ne fait que rendre plus claire l'erreur de l'arrêt; car, puisque le fait à raison duquel la loi permet le désaveu contient et le recel de grossesse et le recel d'accouchement, il est donc bien autrement grave que le simple recel de grossesse sans recel de l'accouchement, et ce que

(1) *Conf.* Alger, 18 nov. 1858 (Dev., 59, II, 303; *J. Pal.,* 59, 311).

la loi déclare ne permettre que pour l'un des cas ne peut pas dès lors s'étendre à l'autre... Sans doute, le simple recel de grossesse pourra souvent être l'acheminement et la préparation du recel de naissance déjà résolu; mais comme la loi ne se contente pas d'une préparation de ce dernier recel et demande avec raison le recel lui-même; comme d'ailleurs le recel de grossesse pourrait aussi se faire sans résolution de cacher ensuite la naissance, ou même avec la résolution contraire; comme enfin la femme pourra, même après avoir caché la grossesse avec parti pris de cacher aussi la naissance, changer d'avis quand viendra le moment suprême, il est donc impossible trois fois pour une d'accorder, soit au recel de grossesse en lui-même, soit aux inductions et aux conjectures qu'on en pourrait tirer quant au recel de naissance, l'effet si grave que la loi n'attache qu'au fait matériel d'un recel de naissance accompli.

Nous n'hésitons donc pas à dire que juger comme l'a fait ici la chambre des requêtes, c'est, ainsi que le disait M. Pascalis (d'abord avocat général, aujourd'hui conseiller à la chambre civile, mais alors avocat plaidant dans cette affaire), *changer et refaire la loi sous prétexte de l'interpréter* (1).

IV. — 12. Une troisième et dernière cause de désaveu contre l'enfant conçu en mariage est aujourd'hui admise pour le cas de séparation de corps.

La séparation de corps relâchant le lien conjugal, faisant cesser entre les époux la vie commune, et rendant ainsi beaucoup moins probable tout commerce entre eux, il était dès lors injuste de laisser en ce cas subsister dans toute sa force, comme la loi l'avait fait jusqu'ici, la présomption légale de paternité du mari.

Dès l'an 10, lors de la rédaction du Code, il avait été question d'apporter ici une restriction, réclamée par la justice et la raison, à la règle *pater is est;* mais il ne fut pas donné suite à cette idée. En 1816, un projet de loi fut proposé dans le même sens; mais il n'aboutit pas davantage. En 1834, après la révolution de juillet, une nouvelle tentative fut faite; mais le projet, après avoir été adopté par la Chambre des pairs, vint encore s'enfouir, pour y rester enterré, dans les cartons de

(1) Rej., 7 janv. 1850 (Dev., 50, I, 113-119). — Ces deux arrêts de 1831 et 1850 sont du grand nombre de ceux qui prouvent avec quelle triste facilité la chambre des requêtes se laisse entraîner, ainsi que le lui reprochait naguère encore M. Dalloz (1851, I, p. 73 et 74, note), à oublier sa mission. Cette chambre, on le sait, est uniquement chargée d'accorder ou refuser l'autorisation de plaider en Cassation; sa mission n'est pas précisément de juger les questions, mais seulement de voir si ces questions sont assez graves pour mériter d'être discutées devant la Cour de cassation, c'est-à-dire devant la chambre civile. Or quelle question plus grave que celle de l'arrêt de 1850? Quelle question pouvait mériter davantage le débat contradictoire et l'examen approfondi? Comment comprendre qu'il existe en France un tribunal qui ose déclarer que le pourvoi qui soulève une telle question ne mérite seulement pas d'être instruit jusqu'au bout?... L'arrêt de 1831 est plus étrange encore, puisqu'il refuse cette instruction complète, cette autorisation de discuter devant la chambre civile, à une doctrine dont le contraire n'est pas seulement une erreur discutable, mais une incontestable hérésie! — Nous avons, du reste, expliqué ailleurs les causes de ce malheureux fait, les tristes conséquences qu'il entraîne et le remède qu'il serait urgent d'y apporter (*Revue critique de la Jurisprudence*, t. I, p. 458 et suiv.).

la Chambre des députés. Enfin, après la révolution de 1848 (car ce n'est qu'à la suite de révolutions que les pouvoirs publics s'occupent, chez nous, des réformes utiles), une proposition fut encore faite à ce sujet, et celle-ci, grâce à l'unité d'Assemblée législative, a été cette fois adoptée par la loi du 6 décembre 1850, formant désormais le second paragraphe de notre art. 313 (1).

Deux systèmes différents avaient été proposés en 1816 et en 1834 : le premier, reproduisant le projet de l'an 10, voulait faire cesser de plein droit la présomption de paternité par le seul fait de la séparation, absolument comme s'il y avait eu dissolution du mariage ; le second allait moins loin, il laissait subsister la présomption, en donnant au mari le pouvoir de la faire tomber par une simple déclaration de désaveu. La loi de 1850 va moins loin encore ; elle permet au mari, non pas de faire tomber la présomption par une simple dénégation, mais de faire preuve contre elle, en proposant tous faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père. C'est-à-dire que le nouveau paragraphe de notre article place le mari, pour le cas de séparation de corps, dans la position où le mettait le paragraphe premier alors qu'il y avait preuve faite de l'adultère de la femme et du recel de la naissance (2).

La cessation officielle de la vie commune commençant, avant tout jugement de séparation, dès l'ordonnance par laquelle le président du tribunal civil autorise la femme à quitter le domicile du mari pour vivre dans une autre maison (art. 878, C. pr.), c'est à partir de cette ordonnance que règne l'improbabilité du commerce des époux (3). En conséquence, la loi permet au mari de désavouer l'enfant dont la femme accouche trois cents jours (ou davantage) après cette ordonnance, pourvu, bien entendu, qu'il n'y ait pas eu, cent quatre-vingts jours (ou davantage) avant la naissance, rejet définitif de la demande en séparation, ou, en cas de séparation définitivement admise, réconciliation des époux. Et alors même qu'il n'y aurait pas eu précisément réconciliation, c'est-à-dire ce rétablissement de vie commune qui fait cesser la séparation de corps, il y aurait néanmoins fin de non-recevoir contre l'action du mari, s'il y avait eu, cent quatre-vingts jours au moins avant la naissance, par suite de tentative de raccommodement ou par toute autre circonstance, réunion de fait entre les époux.

314. — L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du ma-

---

(1) Rapport de M. Demante (*Moniteur* de 1850, n° 222, p. 2796).

(2) Rapport de M. Demante (*Moniteur* de 1850, n° 222, p. 2796). — Ainsi la présomption de paternité continuerait de subsister contre le mari, qui serait seulement admissible à combattre et détruire cette présomption. *Conf.* Amiens, 30 juin 1853 (Dev., 54, II, 81 ; *J. Pal.*, 53, II, 503 ; Dall., 55, II, 311) ; Massé et Vergé (I, p. 280, § 156, note 2) ; Boileux (p. 72). *Contrà.* La présomption de paternité est détruite de plein droit, sans que le mari ait aucune preuve à faire. Paris, 18 fév. 1854 (Dev., 54, II, 81) ; Bordeaux, 16 juin 1858 (Dev., 58, 690) ; Nancy, 12 janv. 1861 (Dev., 61, II, 307) ; Demante (II, n° 40 *bis*, et I, p. 57) ; Mourlon (I, p. 444) ; Demolombe (V, n° 55) ; Aubry et Rau (IV, p. 580) ; Valette (*Explic. somm.*, p. 172) ; Duvergier (*Coll. des lois*, t. L, p. 473) ; Gilbert (Dev., 58, II, 690, note).

(3) *Voy.* Cass., 8 nov. 1859 (Dev., 60, I, 428 ; Dall., 59, I, 506).

riage ne pourra être désavoué par le mari dans les cas suivants : 1° s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; 2° s'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer; 3° si l'enfant n'est pas déclaré viable.

SOMMAIRE.

I. L'enfant simplement né en mariage est aussi légitime. — C'est là, quand on considère le temps antérieur à la naissance, un cas de simple légitimation. Critique de la doctrine de M. Demolombe.

II. Le mari ne peut plus désavouer quand il y a eu aveu de sa paternité. — La non-viabilité rend, dans tous les cas, le désaveu impossible.

I. — 13. L'idée que cet article exprime n'est que la conséquence de deux autres qu'il sous-entend et qu'il est important de bien saisir... Puisque l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, et dès lors conçu avant ce mariage, ne peut pas être désavoué dans les cas dont parle l'article, il peut donc l'être en règle générale. Mais, maintenant, si l'enfant né pendant le mariage, mais conçu auparavant, peut être désavoué, c'est donc qu'en principe et de plein droit il est légitime. Ainsi, la première idée qu'il faut comprendre ici, parce que notre article, sans l'exprimer, la suppose nécessairement, c'est que l'enfant simplement né dans le mariage, est et reste jusqu'au désaveu un enfant légitime.

Et en effet, on doit croire, jusqu'à la preuve du contraire, qu'il est le fruit du commerce des deux individus aujourd'hui mariés; et puisque l'enfant bâtard de deux personnes se trouve légitimé par leur mariage subséquent, il est bien juste que ce mariage légitime aussi et à plus forte raison l'enfant dont la femme est enceinte au moment de la célébration. Et comme dans ce cas l'enfant, illégitime dans les premiers temps de la conception, reçoit le bienfait de la légitimation, et dès lors la qualité de légitime, dès le sein de sa mère et avant sa naissance, la loi l'a rangé non pas parmi les enfants légitimés, mais dans la classe des enfants légitimes proprement dits. Ainsi, il y a deux classes d'enfants légitimes : 1° ceux qui l'ont été dès leur conception; 2° ceux qui, après avoir été quelque temps bâtards dans le sein de leur mère, ont été légitimés avant d'en sortir. Les premiers sont conçus dans le mariage; les autres, ceux qui y naissent seulement. Quant à la qualification de *légitimés*, la loi ne l'attribue formellement qu'aux enfants qui ont vécu dans la société avec la qualité de bâtards, et ne sont devenus légitimes que postérieurement à leur naissance.

Si l'on ne peut pas critiquer cette théorie du Code (puisque c'est seulement par sa naissance et non par sa conception que l'enfant forme vraiment une personne), il est toutefois certain que la règle de notre article ne présente un cas de légitimité qu'en tant que l'on s'arrête à la naissance, et devient un cas de simple légitimation par mariage subséquent lorsque l'on considère le temps antérieur. Il est vrai que cette vérité, méconnue autrefois par quelques auteurs, mais proclamée déjà par le plus grand nombre et par les arrêts, et admise depuis le Code Na-

poléon par tous ses interprètes (1), vient d'être de nouveau contestée par M. Demolombe (V, 57 à 63), qui prétend que l'enfant dont il s'agit est rigoureusement et absolument légitime. Mais cette doctrine, insoutenable dans son principe, et que nous allons voir dans l'alinéa suivant renversée par M. Demolombe lui-même, se réfute assez par ses propres conséquences, puisqu'elle conduit à déclarer enfant légitime, comme le fait effectivement M. Demolombe (n° 63), celui dont la seconde épouse d'un homme accouche deux ou trois mois, ou moins encore, après la dissolution du premier mariage de cet homme, quoiqu'il soit alors matériellement évident que, si le mari est le père, il est père adultérin! L'honorable professeur fait en vain des efforts pour rendre légal et moral un résultat aussi révoltant, il est trop clair qu'on n'y arrivera jamais. En vain aussi il invoque un arrêt de Colmar (15 juin 1831: Dev., 31, II, 336), puisque cet arrêt n'a ni jugé ni même examiné la question, et s'est contenté de déclarer celui qui voulait faire prononcer l'adultérinité de l'enfant, *non recevable quant à présent* dans son action, faute de l'avoir dirigée contre un tuteur *ad hoc*. En vain, enfin, il argumente de ce que les anciens auteurs qu'on lui oppose, et notamment Furgole, paraissent ne s'occuper que d'un enfant adultérin né avant le subséquent mariage et non pendant ce mariage : cette réponse est sans valeur aucune. Tous les anciens auteurs, tous sans exception et quelque opinion qu'ils adoptassent d'ailleurs sur la question, comprenaient parfaitement que cette question se réduisait à savoir si c'est à l'état de choses existant lors de la conception d'un enfant ou à celui du moment de sa naissance qu'il faut s'attacher pour voir s'il est ou non adultérin. Pour ceux qui admettaient la seconde idée, l'enfant dont la conception avait été adultérine était néanmoins légitime s'il naissait après le mariage de ses père et mère; il était bâtard simple quand il naissait avant ce mariage, mais à un moment où les père et mère étaient devenus libres. Pour ceux qui soutenaient la première idée, cet enfant naissait adultérin dans tous les cas. Ainsi, les deux hypothèses (de liberté des père et mère, et de mariage contracté entre eux) étaient traitées simultanément, et Furgole lui-même dit, en effet, « que la tache est contractée par la conception, et que LE MARIAGE SUBSÉQUENT *ne peut point la laver ni la purifier*. » Aussi les deux arrêts de 1617 et 1773 ont-ils été rendus tous deux, précisément, pour des enfants nés pendant le mariage de leurs auteurs. Donc la doctrine que voudrait ressusciter M. Demolombe se trouve condamnée tout à la fois, et par l'autorité de notre ancienne jurisprudence, comme on vient de le voir, et par la raison, puisque c'est évidemment de ce fait, que l'un des auteurs d'un enfant était marié avec un autre que le second auteur

(1) *Contrà :* Charondas, Lebrun, Rousseau de Lacombe. — *Conf.* Pierasa, Pirrhus, Rosselis, Salicetti, Pérez, Furgole, Pothier *et une foule d'autres*, dit Merlin; arrêts du Parlement de Bordeaux, 14 fév. 1617; du Parlement de Paris, 10 mai 1773; Merlin (*Rép.*, v° Légitimat., sect., 2, § 2, 7); Favard (*ibid.*, § 1er); R. de Villargues (*Enf. nat.*, n° 184); Duranton (III, 24); Demante (*Pr.*, I, 310); Zachariæ (III, p. 624); Valette (II, p. 22).

lors de la génération, que résulte l'adultérinité de cet enfant, comme le reconnaît ailleurs M. Demolombe lui-même (nos 346, 348, 351).

13 *bis*. Le fait que notre article ne présente, quand on considère le temps antérieur au mariage, qu'un cas de légitimation, fait qui rend le bénéfice de cet article inapplicable aux enfants dont la conception a été adultérine ou incestueuse (art. 331), n'est pas non plus sans conséquence pour ceux dont la conception n'est entachée que de bâtardise simple. Ainsi, comme pour être l'héritier d'une personne il faut d'abord être conçu au moment où elle meurt (art. 725) et de plus être son parent légitime (art. 756), il s'ensuit que tout enfant qui naît avant le cent quatre-vingtième jour du mariage n'a aucun droit aux successions ouvertes avant ce mariage; car s'il est vrai, en fait, qu'au moment de l'ouverture il était conçu, il est vrai aussi qu'alors il n'était pas légitime. Tout le monde reconnaît cette vérité, même M. Demolombe (n° 64), qui ne s'aperçoit pas que par là il renverse et ruine par sa base la thèse de légitimité absolue des enfants dont il s'agit... Qu'est-ce, en effet, que la légitimité? qu'est-ce que la légitimation? et quelle différence y a-t-il entre l'une et l'autre? La légitimité, et M. Demolombe lui-même le proclame ici, c'est le résultat de la *réalité* (certaine ou présumée, peu importe) d'une conception accomplie pendant le mariage; tandis que la légitimation est une *fiction* qui considère légalement comme accomplie le jour du mariage, et immédiatement après sa célébration, une conception que l'on sait très-bien s'être réalisée auparavant. La légitimité repose sur le fait vrai (ou que l'on croit tel); la légitimation ne repose que sur un fait fictivement créé par la loi. Or, quand un enfant naît avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, c'est-à-dire avant l'échéance, à compter de la célébration, du *minimum* de gestation admis par la loi (quand il naît, par exemple et comme on l'a vu quelquefois, dès le lendemain du mariage!), il est bien clair que c'est *par fiction* que la conception se place dans le mariage (car la loi ne croit pas, ne présume pas une gestation de vingt-quatre heures!). Mais, puisqu'il y a fiction, ce n'est donc qu'une légitimation.

II. — 14. Ainsi donc, en règle générale, et sauf le cas de conception adultérine ou incestueuse, l'enfant dont la femme est enceinte au moment du mariage se trouve légitimé par la célébration, et naît ensuite légitime. Mais, bien entendu, la légitimation n'est possible que pour les enfants dont les père et mère sont légalement connus (art. 331); et si, dans le cas de notre article, elle a lieu sans reconnaissance formelle du mari, c'est que la loi voit dans son fait d'épouser la mère une reconnaissance présumée de sa paternité. Si donc le mari fait tomber cette présomption de reconnaissance par une déclaration formelle que l'enfant n'est pas de lui, il n'y aura pas eu de légitimation possible, et l'enfant sera né bâtard. C'est pour cela que notre article permet ici au mari de désavouer l'enfant, sans exiger de lui aucune justification; une simple dénégation de sa paternité suffit.

Mais la raison veut qu'il en soit autrement, quand le mari qui vient aujourd'hui désavouer l'enfant l'a antérieurement avoué pour sien.

L'aveu fait que la légitimation s'est accomplie, et l'enfant une fois devenu légitime, personne ne peut plus lui enlever cette qualité. Or, la loi voit un aveu tacite mais certain de paternité dans deux circonstances : 1° si le mari a connu la grossesse de la femme avant de l'épouser ; parce que, en effet, épouser sciemment une femme enceinte, c'est se déclarer, aux yeux de tous, le père de l'enfant qu'elle porte ; 2° quand il a assisté à la rédaction de l'acte de naissance de cet enfant, et qu'au lieu de protester contre la qualité de légitime, qui lui était donnée, il l'a lui-même sanctionnée par sa signature. Il est inutile d'ajouter que si le mari ne sait pas, ou bien ne peut pas signer, sa déclaration faite à ce sujet, et constatée par l'officier public, équivaut, ici comme dans tous les cas, à sa signature.

Mais, évidemment, ces deux cas ne sont pas les seuls où il y aurait aveu du mari. Ainsi, quand ce mari, absent au moment qu'il apprend l'accouchement de sa femme, écrit à un ami pour le prier de veiller pour lui à la rédaction de l'acte de naissance de son enfant; ou bien, s'il écrit à sa femme pour la féliciter de son heureuse délivrance et du fils qu'elle vient de lui donner ; ou encore si, partant pour un voyage long et périlleux, il a fait un testament par lequel il nomme à sa femme un conseil pour l'aider dans la tutelle de l'enfant qui doit naître (article 391) ; toutes les fois, en un mot, qu'un fait quelconque contiendra forcément de la part du mari un aveu confirmant la présomption de reconnaissance que la loi tire du mariage, il est clair qu'un désaveu postérieur serait impossible. Mais, en dehors d'un aveu formel ou tacite, l'enfant pourra toujours être désavoué par le mari, et l'on ne serait pas admis à prouver contre lui que l'enfant lui appartient. Car, jusqu'à preuve d'une légitimation réalisée, c'est là un enfant naturel : or, la paternité naturelle, qu'on voudrait ici établir pour en déduire cette légitimation, ne peut se prouver que par une reconnaissance volontaire (art. 340).

15. Même en dehors d'un aveu du mari, il est un cas où notre article ne permet pas au mari de faire déclarer l'enfant illégitime. C'est quand cet enfant n'est pas né *viable*, c'est-à-dire vivant et de plus constitué de manière à continuer à vivre, *vitæ habilis*. Alors, en effet, l'enfant ni aucun de ses représentants ne pourront jamais avoir aucune espèce de droits ; il sera regardé par la loi comme n'ayant jamais existé (art. 725, 2°). La loi, dès lors, ne devait pas permettre un scandale inutile. Ce motif de la loi fait assez comprendre que l'impossibilité de désavouer un enfant qui n'est pas né viable s'applique à tous les cas possibles (1). Sans doute, le mari pourrait fort bien prouver, par exemple, l'impossibilité physique de sa cohabitation avec sa femme, pour en déduire l'adultère de celle-ci et faire prononcer la séparation de corps ;

(1) *Conf.* Duranton (III, n° 34) ; Zachariæ (III, p. 641) ; Duvergier (sur Toullier, II, n° 822, note *a*); Valette (sur Proudhon, II, note *a*); Demolombe (V, n° 39). *Contra*, au cas d'impossibilité physique de cohabitation depuis le 300e jusqu'au 180e jour avant la naissance de l'enfant : Toullier (II, n° 822) ; Delvincourt (I, p. 84, note 5); Proudhon (II, p. 33-35).

mais il ne pourrait pas être question du désaveu de l'enfant, parce que partout l'intérêt est la base des actions, et qu'il n'y a ici aucun intérêt possible au désaveu.

315. — La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée.

SOMMAIRE.

I. Des actions en *désaveu*, en *contestation de légitimité*, en *contestation d'état* et en *réclamation d'état*.

II. Notre article ne présente point un cas de désaveu. — S'il ne s'élève aucune contestation, l'enfant passera pour légitime.

I. — 16. Il n'est plus ici question d'un désaveu, mais d'une contestation de légitimité.

On distingue en effet, relativement à la matière qui nous occupe, l'action en *désaveu* et l'action en *contestation de légitimité*, de l'action en *contestation d'état*. Le désaveu est l'action par laquelle on prétend qu'un enfant, conçu ou tout au moins né dans le mariage, n'est pas le fils du mari de sa mère; c'est tout simplement la dénégation judiciaire de la paternité du mari. La contestation de légitimité est l'action par laquelle on prétend qu'un enfant n'est pas légitime, pour une cause quelconque. Enfin, la contestation d'état est l'action par laquelle on prétend que l'état quelconque, soit d'enfant légitime, soit d'enfant naturel, dont un enfant se trouve en possession, ne lui appartient pas; réciproquement, l'action par laquelle l'enfant veut se faire attribuer un état dont il n'est pas légalement en possession, mais qu'il prétend lui appartenir, se nomme *réclamation d'état*. Ainsi, le désaveu est toujours une contestation de légitimité. Mais la réciproque n'a pas lieu; on peut fort bien contester la légitimité d'un enfant, sans dire qu'il n'appartient pas au mari de la mère : par exemple, si l'on prétend qu'il n'y a jamais eu de mariage entre ses père et mère. Donc, la contestation de légitimité est le genre, et le désaveu est l'espèce.

Ce rapport de genre à espèce n'existe plus entre la contestation de légitimité et la contestation d'état. Car, si la contestation d'état n'est pas toujours une contestation de légitimité, puisqu'on peut me contester mon état d'enfant *naturel* de tel et de telle, la contestation de légitimité n'est pas toujours non plus une contestation d'état, puisque l'enfant qui vient pour m'enlever une succession en se prétendant enfant légitime de Titius, mon oncle, et à qui j'intente une action pour contester sa légitimité prétendue, peut fort bien n'être pas en possession de l'état que je lui conteste. L'une de ces deux actions rentre donc quelquefois, mais non pas toujours, dans l'autre. Ces actions diverses et celles qui sont relatives aux mariages, aux divorces ou séparations de corps, aux décès, sont comprises sous la dénomination générale d'*actions d'état* ou *questions d'état*.

II. — 17. Dans notre article, il ne s'agit plus d'un désaveu, puisque l'enfant dont on parle, et à qui on conteste la qualité de légitime, étant

né après trois cents jours révolus depuis le mariage, il n'y a pour lui ni naissance ni conception en mariage. La présomption de paternité du mari, la règle *pater is est,* n'existant plus alors, il ne peut pas être question de la renverser; or, c'est là l'unique objet d'un désaveu.

Il semble bien résulter de là, et c'est en effet ce que nous avions décidé dans nos premières éditions, que toute contestation élevée ici, contre la légitimité de l'enfant, emportera *nécessairement* la déclaration d'illégitimité. Que la loi, qui proclame impossible une gestation de plus de trois cents jours, permette à l'enfant de faire juger possible par les tribunaux cette même gestation, ce serait une contradiction qu'il répugne d'admettre. Cependant cette décision n'est pas sans difficulté, non-seulement à cause des autorités que peut invoquer l'opinion contraire, mais aussi à cause de quelques paroles consignées dans les travaux préparatoires. Maleville (sur l'art.), Locré (*ibid.*), Merlin (*Rép.,* v° Légitimité), Delaporte (sur l'art.), Favard (*Rép.,* v° Patern.) et un arrêt des chambres réunies de la Cour de Limoges (1) décident que l'enfant peut sortir triomphant de la contestation. On invoque en ce sens ces paroles de M. Bigot au Corps législatif : « La présomption (d'illégitimité) qui résulte (de la naissance tardive) ne sera décisive contre l'enfant *qu'autant qu'elle ne sera pas affaiblie par les circonstances* »; puis ces autres paroles, plus précises, du rapporteur au Tribunat : « L'article veut que la légitimité puisse être contestée; *mais il veut aussi qu'elle puisse triompher de toutes les attaques qui ne seraient pas fondées.* »

Ces deux passages avaient d'abord fortement ébranlé notre opinion; mais un plus mûr examen nous fait persévérer dans notre première doctrine. En effet, les paroles de M. Bigot et celles de M. Lahary, paroles incompréhensibles, il faut le dire, en présence du système adopté par le Code, ont été expliquées par le second orateur d'une manière qui prouve le peu de valeur qu'on a dû y attacher, et qui indique que, même dans leur pensée, une gestation de plus de trois cents jours reste légalement impossible. M. Lahary, en effet, pour faire comprendre comment les attaques dirigées contre l'enfant pourraient n'être pas fondées, suppose le cas « où l'enfant prouverait *que son père divorcé se serait rapproché de sa mère postérieurement à la dissolution.* » (Fenet, X, 178.) Ainsi, d'une part, il s'agit là d'une idée complétement fausse, puisque si l'enfant se reconnaît lui-même conçu de deux personnes divorcées, c'est-à-dire non mariées, il est forcément illégitime; d'autre part, cet exemple laisse intact le principe de l'impossibilité d'une gestation de plus de trois cents jours... Ce principe est d'ailleurs proclamé, très-énergiquement, par M. Lahary lui-même; car, après en avoir démontré toute la sagesse, il ajoute que : « Si on peut cependant citer des faits contraires et des lois qui semblent légitimer une naissance plus tardive, on les doit sans doute ou à la manière dont se comptaient les mois, ou au désir de voiler le crime d'une femme puis-

(1) Limoges, 18 juin 1840 (Dev., 40, II, 509).

sante. » (*Ibid.*, p. 179.) Or, puisqu'on reconnaît absolue l'impossibilité d'une gestation de plus de trois cents jours, l'enfant né après ce délai depuis la dissolution du mariage devra donc forcément être proclamé illégitime, du moment qu'une personne intéressée requerra la déclaration d'illégitimité. Aussi, l'orateur qui a exposé le dernier l'esprit de la loi devant le Corps législatif, M. Duveyrier, après s'être demandé pourquoi l'enfant dont il s'agit n'est pas reconnu illégitime de plein droit, pourquoi on a retranché du projet un article qui proclamait son illégitimité, pour laquelle il faut ainsi une déclaration du juge, répond : « Parce que tout intérêt particulier ne peut être combattu que par un intérêt contraire. La loi n'est point appelée à réformer ce qu'elle ignore; et si l'état de l'enfant n'est point attaqué, il reste à l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre. » (P. 220.) (1)

316. — Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire dans le mois, s'il se trouve sur le lieu de la naissance de l'enfant;

Dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il est absent;

Dans les deux mois après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant.

317. — Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession.

SOMMAIRE.

I. L'action en désaveu appartient au mari, et, après lui, à ses successeurs universels.

II. Délais dans lesquels elle doit s'intenter.

I. — 18. La loi, dans ces deux articles, nous indique à qui appartient l'action en désaveu et dans quel délai elle doit être intentée.

L'action appartient tout d'abord au mari, et au mari seul; tant qu'il se tait, personne ne peut agir (2). Que s'il meurt avant la fin du délai dont l'expiration entraînerait contre lui renonciation tacite (et aussi, bien entendu, sans avoir avoué formellement l'enfant), cette action

---

(1) Toullier et Duvergier (II, 828); Delvincourt (t. I); Proudhon et Valette (II, p. 46); Duranton (III, 56-59); Dalloz (v° Filiat.); Richefort (p. 82); Demolombe (V, 86); Aubry et Rau, sur Zachariæ (IV, p. 572); Massé et Vergé (I, p. 298); Valette (*Explic. somm.*, p. 174). *Contrà :* Troplong (*Donat. et test.*, II, n° 606); Demante (II, n° 42 *bis*, I et II).

(2) Jugé que l'action en désaveu ne peut être exercée par le condamné frappé d'interdiction légale, et que son tuteur a qualité pour intenter cette action. Chambéry, 28 janv. 1862 (Dev., 62, II, 481; *J. Pal.*, 63, 497). *Conf.* Demolombe (V, n° 116); Pont (*Rev. de dr. fr. et étr.*, 1845, t. II, p. 347); Massé et Vergé (I, § 161, p. 303, note 43). *Contrà :* Aubry et Rau (IV, § 545 *bis*, p. 584).

passe à ses héritiers. Elle leur passe encore, évidemment, si le mari meurt, même postérieurement au délai, mais après avoir intenté dans ce délai une action non encore jugée lors de son décès. C'est seulement quand il y a eu renonciation expresse ou tacite du mari, ou quand il a succombé sur sa demande, que l'action n'appartient pas aux héritiers.

C'est seulement aux *héritiers* que l'action passe. Ainsi, les parents même les plus proches du mari, qui auraient renoncé à sa succession, ne pourraient pas exercer l'action. En effet, c'est là, pour les successeurs du mari, un droit purement pécuniaire; la raison le dit, et l'art. 317 le prouve assez, en ne faisant courir contre eux le délai fatal qu'à partir du moment où l'enfant veut se mettre en possession des biens. Réciproquement, et parce que c'est là un droit purement pécuniaire, l'action appartient à tous ceux qui sont héritiers pécuniairement parlant, c'est-à-dire à tous les successeurs universels et non pas seulement aux héritiers légitimes proprement dits. Ainsi, tous légataires universels ou à titre universel, et aussi l'État (art. 768), étant appelés au droit héréditaire, dont l'action de désaveu fait partie, pourront, quoi que dise Toullier (II, 825), exercer cette action. Mais des légataires particuliers ne le pourraient pas, malgré l'opinion contraire de Delvincourt, car ils ne sont pas appelés, eux, au droit héréditaire; la qualification d'héritiers, qui, *lato sensu,* appartient aux premiers, ne peut pas s'appliquer à ceux-ci (1). Une autre conséquence de cette idée, que l'action de désaveu est toute pécuniaire en la personne des héritiers, c'est que, quand elle leur appartient une fois, elle peut être exercée par tous leurs représentants, et notamment par leurs créanciers, aux termes de l'art. 1166; tant qu'elle réside sur le mari, au contraire, elle est exclusivement attachée à sa personne (*voy.* l'art. 330, n° II).

19. Le désaveu intenté par les héritiers du mari peut se fonder, bien entendu, sur toutes les causes pour lesquelles le mari lui-même aurait pu l'exercer. Ainsi il ne faudrait pas dire, comme Proudhon, qu'ils ne pourraient l'intenter pour une impossibilité simplement morale de cohabitation, vu que, dans ce cas, il faut prouver l'adultère de la femme et que cet adultère ne peut être poursuivi que par le mari (C. pén., art. 336). Ce serait confondre les idées les plus distinctes. Les héritiers ne pourraient pas diriger leur action *contre la femme* et la faire condamner pour adultère à la peine portée par la loi; mais ils peuvent prouver incidemment cet adultère, pour faire admettre le désaveu dirigé *contre l'enfant,* leur unique adversaire. C'est ainsi, réciproquement, que dans le cas où l'enfant naît sans vie, ou seulement non viable, le mari, qui ne peut plus intenter l'action en désaveu, n'en serait pas moins admissible à poursuivre l'adultère de sa femme et la

(1) Duranton (III, 80-83); Proudhon et Valette (II, p. 65-67); Zachariæ (III, p. 644); Duvergier (sur Toullier); Demolombe (V, 130).

séparation de corps. La doctrine de Proudhon est donc inadmissible, comme le reconnaît son annotateur M. Valette (1).

II. — 20. Voyons maintenant dans quel délai l'action doit être intentée, soit par le mari, soit par ses héritiers.

Le texte de nos deux articles ne demande à cet égard aucun développement. En principe, le délai accordé au mari est d'un mois, à partir de l'accouchement; mais si la naissance lui a été cachée, ou s'il était absent quand elle a eu lieu, le délai est doublé, et de plus il ne court, comme de raison, qu'à compter du retour du mari ou de la découverte par lui faite de l'accouchement. Bien entendu, c'est à lui, s'il veut user de ce délai plus long, de constater son éloignement ou le recel de la naissance (2).

Il est clair que, dans le deuxième alinéa de l'art. 316, le mot *absent* n'a pas le sens technique qu'il présente dans le titre IV ci-dessus; l'alinéa premier le prouve assez en parlant, par opposition, du mari qui *se trouve sur les lieux*. Il s'agit simplement de la non-présence du mari. Mais il ne suffirait pas, bien entendu, que le mari ait été hors de la maison au moment où la femme est accouchée; il faut que le mari ne soit pas dans le pays. Du reste, le point de savoir si le mari était, ou non, assez éloigné pour jouir du délai de deux mois, est un fait que les tribunaux auront à décider par les circonstances.

Quant aux héritiers, ils ont toujours un délai uniforme de deux mois, lequel court, non pas à partir de l'accouchement ou de la mort du mari, mais du moment où l'enfant, par lui-même, ou par un représentant quelconque, vient faire acte de maître sur les biens de la succession et disputer ainsi le droit héréditaire qui sert de base à l'action des héritiers. La nécessité où seront souvent les héritiers de se faire renseigner sur des faits que le mari, lui, connaissait personnellement, fait assez comprendre pourquoi on leur accorde toujours deux mois au lieu d'un. Au surplus, comme c'est là un délai préfix qui ne constitue point une prescription, il courrait contre les héritiers mineurs aussi bien que contre des majeurs.

Du reste, dans ce délai d'un ou de deux mois, il n'est pas nécessaire d'intenter l'action en justice, d'assigner l'enfant devant le tribunal; il suffit de lui signifier un acte extrajudiciaire par lequel on déclare ne pas reconnaître la paternité du mari. C'est ce que va nous dire l'article sui-

---

(1) Toullier (II, 841); Duranton (III, 73); Zachariæ (III, p. 646); Valette (II, p. 56); Demolombe (V, 121).

(2) En cas de désaveu après recel de la naissance, c'est à la femme, qui articule que son mari avait découvert la fraude ou le recel depuis plus de deux mois au moment où il a intenté l'action en désaveu, à prouver son exception, et non pas au mari à prouver l'époque où il a connu la fraude et le recel. Cass., 14 fév. 1854 (Dev., 54, I, 225; Dall., 54, I, 89). *Contrà :* Demolombe (V, n° 144); Massé et Vergé (I, § 161, note 45); Aubry et Rau (IV, § 545 *bis*, note 16).

Il ne suffit pas, pour faire courir le délai, que le mari ait eu un soupçon de la naissance; il faut qu'il en ait une connaissance positive et certaine. Poitiers, 22 janv. 1857 (Dev., 58, II, 97); Nancy, 12 janv. 1861 (Dev., 61, II, 307); Demolombe (V, n° 142, 3°); Massé et Vergé (I, § 161, note 44).

vant, qui, à partir de cet acte, donne un nouveau délai d'un mois pour intenter l'action.

21. Quoique l'art. 317 se serve, par rapport aux héritiers, des expressions *contester la légitimité,* il n'en est pas moins évident que c'est là, pour eux, comme pour le mari, un véritable désaveu. Il n'y a d'ailleurs rien de contraire à induire de ces expressions, puisque, comme nous l'avons dit, le désaveu est une des espèces de contestations de légitimité. Aussi l'article suivant va-t-il nous parler du *désaveu* formé par le mari ou *ses héritiers* (1).

318. — Tout acte extrajudiciaire contenant le désaveu de la part du mari ou de ses héritiers, sera comme non avenu, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une action en justice, dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant, et en présence de sa mère.

22. La loi, statuant, ici comme toujours, *de eo quod plerumque fit,* suppose que l'action est intentée contre l'enfant encore mineur, et du vivant de la mère. C'est alors contre un tuteur donné *ad hoc* à l'enfant que l'action doit être dirigée ; et comme la loi n'a pas dit que ce tuteur, par exception aux principes ordinaires, dût être nommé par le tribunal, c'est par un conseil de famille qu'il devra l'être, conformément aux art. 405 et suivants (2). Seulement, comme la paternité du mari, et dès lors la parenté paternelle de l'enfant, sont précisément en question, et que, d'ailleurs, ceux qui seraient les parents paternels s'il y avait légitimité sont les adversaires de l'enfant, il n'y aura pas lieu de suivre la règle de l'art. 407, qui veut que le conseil, dans les cas ordinaires, se compose des plus proches parents des deux lignes ; tous les membres seront donc des parents maternels ou des amis.

Si c'est contre un enfant majeur que l'action est intentée, soit par les héritiers du mari, soit par le mari lui-même après une longue absence, ou une naissance longtemps ignorée de lui, il est clair que le désaveu sera dirigé contre l'enfant lui-même. Mais, dans ce cas même, la mère, si elle vit encore, doit être mise en cause ; il n'y a aucune raison de modifier, pour cette circonstance, la règle finale de notre article. Quoiqu'elle ne soit pas précisément partie dans le procès en désaveu, la mère a cependant un immense intérêt moral dans le débat,

---

(1) Le délai de l'action en désaveu court contre l'interdit et son tuteur comme contre toutes autres personnes. Chambéry, 28 janv. 1862 (Dev., 62, II, 481) ; Demolombe (V, n° 159) ; Massé et Vergé (I, p. 303, note 50). *Contrà :* Aubry et Rau (IV, § 545 *bis,* p. 589).

(2) *Voy.* Cass., 14 fév. 1854 (Dev., 54, I, 225 ; *J. Pal.,* 54, I, 425 ; Dall., 54, I, 89) ; Paris, 21 fév. 1863 (Dev., 63, II, 36) ; Cass., 9 mai 1864 (Dev., 64, I, 305). — D'après ces arrêts, le conseil de famille doit être convoqué au lieu du domicile du mari demandeur en désaveu ; il doit être composé de parents pris moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, ou d'amis à défaut de parents. *Conf.* Proudhon et Valette (II, n° 71) ; Aubry et Rau (IV, § 545 *bis,* p. 590) ; Massé et Vergé (I, p. 304, § 161, note 60). — *Contrà :* Demolombe (V, n°s 166 et suiv.), Valette (sur Proudhon, II, p. 59, note *a*), Ducaurroy (I, n° 447), qui attribuent au tribunal la nomination du tuteur *ad hoc.*

lequel met son honneur en question; or, cet intérêt est le même que l'enfant soit mineur ou majeur.

CHAPITRE II.

DES PREUVES DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES.

23. L'intitulé de ce chapitre demande quelques développements et exige l'indication ou le rappel de quelques idées dont il est important de se pénétrer.

Il ne s'agit pas, dans ce chapitre, des preuves *de la légitimité* d'un enfant, mais seulement des preuves *de sa filiation :* c'est-à-dire du point unique de savoir quel est son père et quelle est sa mère. Or, la preuve du père et de la mère ne constitue pas, pour l'enfant se disant légitime, une preuve de sa légitimité; elle n'en est qu'une partie, puisque, après cette preuve faite, il lui faut encore établir 1° que ce père et cette mère ont été mariés, et 2° qu'ils l'étaient au moment qu'il a été conçu, ou tout au moins au moment où il est né. Nous avons vu, 1° par l'explication des art. 194 à 200, les quatre moyens par lesquels cet enfant peut établir à son profit la célébration du mariage de ses père et mère (sauf aux adversaires à prouver la non-existence légale, ou la non-validité de l'union célébrée); nous avons vu, 2° sous l'art. 312, dans notre titre même, par quelle présomption la loi tire, du fait de l'accouchement de la femme mariée ou veuve, la conséquence de la conception dans le mariage; quant à la naissance dans ce mariage, elle est toujours facile à établir directement. Eh bien, c'est uniquement pour le troisième objet non expliqué jusqu'ici, pour le point de savoir quels sont les père et mère, que notre chapitre va nous dire quels moyens de preuve sont admis par la loi.

Ainsi, la preuve de la légitimité se compose de la réunion des trois preuves : 1° de la filiation, c'est-à-dire des père et mère; 2° du mariage de ces père et mère; 3° de la conception ou de la naissance dans ce mariage. Or, c'est seulement de la première qu'il s'agit ici.

24. Nous disons qu'il s'agit de la première de ces trois preuves. Car ce n'est pas de toute filiation que le chapitre s'occupe, mais seulement de la filiation considérée comme un des éléments de la preuve de légitimité, de la filiation de l'enfant qui veut arriver à se prouver légitime, laquelle ne s'établit pas de la même manière que la filiation de l'enfant naturel. Aussi notre chapitre est-il intitulé : *De la preuve de la filiation des enfants légitimes.* Au reste, l'enfant ne pouvant pas évidemment être dit légitime, alors que sa filiation même est encore en question, on conçoit qu'il y aurait cercle vicieux à prendre cet intitulé à la lettre, et que, pour être complétement logique, pour exprimer nettement toute la pensée de la loi, il faudrait dire : *Des preuves de la filiation des enfants qui se prétendent légitimes.*

Ainsi, n'oublions pas que notre rubrique signifie : Des moyens of-

ferts aux enfants se disant légitimes pour prouver quels sont leurs père et mère (1).

25. L'enfant qui prétend droit à la légitimité a trois moyens, subsidiaires l'un à l'autre, d'établir sa filiation : 1° l'acte dressé à cet effet; 2° la possession de l'état qu'il réclame ; 3° la preuve testimoniale.

Chacune de ces trois preuves, quand elle est seule, est susceptible d'être combattue par des preuves contraires. Il n'en est plus de même quand les deux premières se trouvent réunies : l'enfant qui joint à l'acte indiquant sa filiation légitime une possession constante de son état d'enfant légitime, est à l'abri de toute espèce d'attaque.

319. — La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil.

SOMMAIRE.

I. Premier moyen de prouver la filiation légitime. C'est le titre, lequel consiste dans l'acte de naissance.
II. Ce titre se constitue par la seule indication de la mère; peu importe que celle du père soit fausse ou n'existe pas. — Force probante de l'acte par lui seul, quant à chacune de ses indications.
III. Force probante de l'acte accompagné de la possession d'état d'enfant légitime.

I. — 26. La loi nous indique ici le premier et principal moyen de prouver la filiation légitime; c'est l'acte dressé pour cet objet, et qui n'est autre que l'acte de naissance lui-même. Cet acte est donc tout à la fois, quand il s'agit d'enfants légitimes ou prétendus légitimes, acte de naissance et acte de filiation. C'est parce que l'acte, dans ce cas, a pour objet de prouver, et 1° la naissance, c'est-à-dire quels sont le sexe de l'enfant, l'époque et le lieu de sa naissance, puis 2° sa filiation, c'est-à-dire quels sont ses père et mère; c'est pour cela qu'antérieurement nous avons dit que, quand l'acte de naissance d'un enfant légitime n'indique pas sa filiation, il y a lieu, au profit de cet enfant, non pas à un acte de reconnaissance, mais à une demande en rectification de l'acte incomplet (*voy.* art. 62, n° III).

Il faut, nous dit l'article, un acte de naissance inscrit sur le registre de l'état civil. C'est qu'en effet, l'acte rédigé partout ailleurs, par exemple, sur une feuille volante, ne constitue pas, ainsi qu'on l'a vu déjà, un acte d'état civil. L'enfant, dans ce cas de rédaction faite partout ailleurs que sur le registre, ne pourrait donc que recourir à l'un des deux moyens subsidiaires qui vont être indiqués par les articles suivants.

II. — 27. Mais, dès que l'acte est inscrit sur le registre, il fait preuve, par lui seul, de la filiation légitime qu'il indique; non pas, bien entendu, une preuve invincible, mais une preuve qui tiendrait

(1) Les règles établies par ce chapitre s'appliquent non-seulement à l'enfant qui réclame une filiation légitime, mais encore au mari qui veut reconnaître un enfant comme étant issu de sa femme, malgré les énonciations contraires de l'acte de naissance de cet enfant. Cass., 22 août 1861 (Dev., 61, I, 929; Dall., 62, I, 115).

jusqu'à ce qu'une preuve plus forte vînt la renverser. Cette preuve plus forte devrait, du reste, être faite d'après des règles plus ou moins sévères, selon l'objet contre lequel elle porterait. Ainsi, s'il s'agissait, l'indication de la mère étant reconnue vraie, de renverser l'indication du père, comme cette dernière n'est dans l'acte de naissance que la répétition et la mise par écrit de la règle, déjà existante de plein droit, que l'enfant conçu ou né d'une femme mariée a pour père le mari, il s'ensuit que cette indication ne pourrait être prouvée fausse, pour l'enfant conçu en mariage, qu'au moyen d'un désaveu admis, conformément aux art. 312 et 313, sur la justification de l'impossibilité physique de cohabitation, ou bien de l'impossibilité morale accompagnée de la preuve de l'adultère et du recel de la naissance, ou enfin des conditions indiquées par la loi de 1850 pour le cas de séparation de corps. Que si l'enfant était, non pas conçu, mais seulement né dans le mariage, le désaveu, comme on le sait, résulterait d'une simple dénégation, sauf le cas où il n'est plus possible : le tout conformément à l'art. 314. On voit par là que l'indication du père dans l'acte se trouve, en définitive, insignifiante, et que son absence laisserait exactement les choses dans le même état, puisque cette indication découle, de plein droit, de la présomption légale, par cela seul que la mère est une femme mariée. Par exemple, l'enfant qui aurait un acte de naissance le déclarant *fils de Marie Duvernet* (laquelle est épouse de Jules Lefebvre) *et d'un père inconnu,* se trouverait exactement dans la même position que si cet acte disait : *Né de Marie Duvernet et de Jules Lefebvre, son époux;* il en serait de même, encore que l'acte dît : *Né de Marie Duvernet, femme non mariée, épouse de Louis Thillard :* dans tous les cas possibles, du moment qu'il est constant d'une part, par l'acte de naissance non critiqué sous ce rapport, que l'enfant est le fils de Marie Duvernet, et qu'il est constaté d'ailleurs que, lors de la conception ou au moins de la naissance de cet enfant, Marie Duvernet était mariée à Jules Lefebvre, tout le reste est insignifiant, et la présomption légale *pater is est* ressortant forcément de ces deux éléments, il s'ensuit, jusqu'à l'admission d'un désaveu, que l'enfant est le fils légitime des deux époux (1).

C'est donc seulement quand l'enfant a été inscrit tout à fait *sous de faux noms,* c'est-à-dire quant à la mère aussi bien que quant au père, ou quand il l'a été *comme né de père* ET MÈRE *inconnus,* que son acte de naissance n'a plus de force pour lui et qu'il doit recourir à la possession d'état, ou, à son défaut, à la preuve testimoniale. C'est aussi ce que dit l'art. 323. Ou plutôt, c'est quant à la mère seulement que cette dernière règle peut s'appliquer, et cet art. 323 a tort de s'occuper et de la mère et du père; car, puisqu'en définitive l'indication du père est

(1) *Conf.* Paris, 12 juill. 1856 (Dev., 56, II, 588); Cass., 27 janv. 1857 (Dev., 57, I, 177; Dall., 57, I, 196); Aix, 11 janv. 1859 (*J. Pal.*, 60, 707); Douai, 18 nov. 1861 (Dev., 62, II, 1); Cass., 15 déc. 1863 (Dev., 64, I, 27; Dall., 64, I, 153); Paris, 11 janv. 1864 (Dev., 64, II, 5); Massé et Vergé (I, § 162, p. 305); Aubry et Rau (IV, § 544, p. 547).

complétement surabondante, et qu'au moyen de la règle *pater is est,* c'est l'indication de la mère qui constitue à elle seule le titre de l'enfant conçu ou né en mariage, il s'ensuit que l'enfant se trouvera véritablement sans acte de filiation, quand il sera inscrit sous de faux noms quant à sa mère, ou comme né d'une mère inconnue, alors même que le père serait indiqué.

Que si, maintenant, c'est l'indication même de la mère, c'est-à-dire ce qui constitue l'essence de l'acte de filiation, que l'on conteste, l'acte, quant à elle, a, ni plus ni moins, la force ordinaire de tous les actes de l'état civil : c'est-à-dire qu'il prouve jusqu'à inscription de faux les faits attestés par l'officier public lui-même, savoir : qu'un enfant de tel sexe lui a été présenté à telle époque, comme né de telle femme, et a reçu tels noms et prénoms; et au contraire, jusqu'à preuve ordinaire, les faits qui ne sont attestés que par les déclarants, savoir : que l'enfant était bien né de cette femme (*voy.* art. 45, n° IV). Ainsi, quand un acte de naissance constate qu'un enfant mâle a été présenté à telle époque à l'officier civil, comme né de Marie Duvernet, et qu'il a reçu le nom de Victor, on ne pourrait prouver que par l'inscription de faux que cette présentation et ces déclarations n'ont pas eu lieu; mais on pourrait très-bien prouver par tous les moyens que Marie Duvernet n'a point eu d'enfant à l'époque dont il s'agit, ou que c'est d'une fille qu'elle est accouchée, et que dès lors c'est par une déclaration mensongère qu'un enfant mâle a été présenté comme son fils. Tant que cette preuve contraire ne sera point faite, il restera établi que Marie Duvernet est vraiment accouchée d'un enfant mâle à l'époque relatée dans l'acte.

Mais on conçoit de reste qu'il ne suffit pas qu'un acte de naissance constate qu'un enfant mâle, nommé Victor, est né, à cette époque, de Marie Duvernet, pour que le premier venu, qui se trouve sans position dans la société, prétende avec succès qu'il est ce Victor Duvernet et que cet acte est le sien. Pour qu'un enfant puisse s'appliquer l'acte et en déduire les conséquences à son profit, il faut qu'il soit prouvé qu'il est bien celui dont la femme est accouchée; or, c'est à lui de prouver l'identité, à moins, bien entendu, qu'il ne soit en possession de l'état d'enfant de Marie Duvernet. Dans ce cas, il n'a plus aucune preuve à faire; ce serait à ses adversaires de prouver que cette possession est mal fondée.

III. — 28. Dans toute l'explication de cet article, nous avons supposé, avec la loi elle-même, qu'il s'agit de l'acte seul ou accompagné, tout au plus, de la possession d'état d'enfant de la mère, mais non pas de l'acte accompagné de la possession complète de l'état d'enfant légitime. Dans ce dernier cas, en effet, ainsi que nous le prouvera l'art. 322, aucune preuve contraire ne serait admissible.

Une dernière observation importante à faire, c'est que, quand l'enfant inscrit aux registres de l'état civil comme né d'une femme qui était mariée au moment de sa conception ou de sa naissance a vu briser, par l'admission d'un désaveu, la paternité légitime qui résultait

pour lui de la règle *pater is est,* l'acte de naissance n'en reste pas moins, pour cet enfant, une preuve de la maternité de la femme à laquelle il est attribué : il est enfant adultérin, s'il a été conçu pendant le mariage; s'il y est seulement né, il est enfant naturel simple. Il ne faudrait pas croire, en effet, que cet enfant tombant au rang de non légitime, il se trouve déchu des moyens de preuve admis pour lui, dans l'espérance de la légitimité, et ne peut plus dès lors prouver sa filiation que par un acte de reconnaissance, comme les enfants naturels ordinaires. Car, ainsi que nous l'avons dit, ce n'est pas seulement pour les enfants qui sont légitimes que les preuves de notre chapitre sont organisées; c'est pour tous ceux qui, jusqu'à la preuve du contraire, peuvent se prétendre légitimes, c'est-à-dire pour tous ceux qui sont conçus ou nés en mariage. Et en effet, la procédure de désaveu, loin de faire évanouir ou seulement d'atténuer la preuve de la maternité, vient, au contraire, la rendre plus éclatante et la corroborer, puisqu'il a fallu une action difficile à admettre pour briser la présomption de paternité que cette preuve de maternité engendrait par sa seule énergie. Aussi le chapitre III de notre titre ne s'occupe-t-il que des enfants nés hors du mariage, comme le prouvent les art. 331 et 337, et tout l'ensemble du chapitre. Les preuves de notre chapitre II s'appliquent donc à tous les cas où il y a mariage, alors même que ce mariage viendrait à être annulé.

320. — A défaut de ce titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit.

321. — La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir.

Les principaux de ces faits sont,

Que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir;

Que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement;

Qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société;

Qu'il a été reconnu pour tel dans la famille.

SOMMAIRE.

I. Deuxième moyen de preuve. Quand cette preuve par possession d'état est-elle possible? — Elle doit porter directement sur le père comme sur la mère.

II. C'est à l'enfant de prouver sa possession, et ses adversaires peuvent en combattre la preuve. Ils peuvent aussi, quand la possession est avouée ou prouvée, en combattre les conséquences.

I. — 29. Lorsque l'enfant qui se dit issu de tel mariage n'a pas de titre à présenter, il peut prouver sa filiation par la possession constante de l'état d'enfant légitime des deux époux; c'est-à-dire qu'au lieu de

prouver qu'*il est* le fils de ces époux, il lui suffit de prouver qu'*il passe* pour l'être.

Peu importe comment l'enfant se trouve privé de titre. Ainsi, l'acte de naissance n'a pas été dressé; ou bien il a été perdu, détruit, mis hors d'état de servir; ou bien l'acte existe peut-être, mais l'enfant ne sait où il a été reçu. Dans ces diverses hypothèses, il y a pour l'enfant défaut de titre, et c'est le cas pour lui d'invoquer la preuve subsidiaire admise par notre article. Mais il en serait autrement si, au lieu de n'avoir pas de titre, l'enfant en avait un qui lui attribuât une filiation contraire à celle que lui donne sa possession d'état, ou qui du moins fût, d'une manière quelconque, en opposition avec cette prétendue filiation. Ainsi, quand l'enfant qui passe pour fils légitime de Pierre et de Marie a un acte de naissance qui le dit *fils de Thérèse,* ou seulement *né de parents inconnus,* ce défaut d'harmonie entre l'état possédé par l'enfant et un acte qui est prouvé lui appartenir, neutralise l'effet de la possession d'état; si donc cet enfant prétend que Thérèse n'est qu'un faux nom, ou que les père et mère que l'acte dit inconnus sont bien Pierre et Marie, il lui faudra l'établir, non pas en s'appuyant sur sa possession, mais en le constatant directement par la preuve testimoniale que l'art. 323 lui offre dans ce cas, et qui constitue le troisième et dernier moyen, admis par la loi, de prouver la filiation légitime.

Du reste, ce n'est pas la possession d'état d'enfant de la mère que l'on peut ici présenter comme preuve de filiation; c'est uniquement celle de l'état d'enfant légitime, c'est-à-dire que la possession doit résulter tout ensemble de faits relatifs à la mère et au père. Cela est si vrai que l'art. 321 ne cite expressément que le père, ce qui n'est pas dit, au surplus, pour exclure la maternité, laquelle, au contraire, se trouve également comprise virtuellement dans l'article. En effet, avoir porté le nom du mari, avoir été reconnu et traité comme son enfant, non-seulement par lui-même, mais aussi par la famille et la société, c'est là l'apanage de l'enfant issu du mariage; ce sont là des faits qui ne pourraient se réaliser pour l'enfant que le mari aurait eu d'une autre femme que son épouse. D'ailleurs, l'art. 320 nous dit positivement qu'il faut la possession de l'état d'*enfant légitime.* La possession d'état est donc loin d'avoir la même force que le titre de filiation. Quand l'enfant présente un titre, il lui suffit que ce titre prouve la maternité de la femme mariée; c'est ensuite la loi elle-même qui fait découler de cette preuve celle de la paternité du mari et la qualité d'enfant légitime. Quand, au contraire, l'enfant n'argumente que de sa possession d'état, la loi ne vient à son secours par aucune présomption, il faut que la maternité et la paternité soient l'une et l'autre l'objet de cette possession. Il y a donc inexactitude à dire comme M. Bonnier (*Preuves,* n° 128), que les effets de la possession sont ici divisibles, et qu'une possession relative seulement à la mère assurerait l'état d'enfant légitime vis-à-vis d'elle. Il est évident que non; il est évident que l'état d'enfant légitime est l'état d'enfant des deux époux, et qu'on ne

se prouve pas enfant *légitime* d'une femme tant qu'on ne se prouve pas enfant du mari de cette femme (1).

II. — 30. On a vu sous l'art. 197 en quoi consiste la possession d'état. Elle résulte de tous les faits, indistinctement, propres à faire passer notoirement l'individu pour enfant légitime des deux époux, faits que les commentateurs résument sous les termes *nomen, tractatus, fama,* et dont la loi, comme elle le dit elle-même, n'indique ici que les principaux. L'enfant pourrait donc en offrir d'autres que ceux indiqués par l'art. 321, comme il pourrait aussi réussir sans avoir la réunion de tous ceux indiqués ici, le point de savoir s'il y a ou non possession suffisante étant entièrement laissé au pouvoir discrétionnaire du juge (2).

C'est évidemment par tous les moyens possibles, et notamment par témoins, que l'enfant peut, en cas de contestation, faire la preuve des faits qui doivent établir sa possession d'état. Au reste, ses adversaires peuvent toujours, et par tous moyens aussi, faire la preuve contraire à la sienne, comme ils le peuvent quand l'enfant argumente de son titre seul : car c'est seulement quand l'enfant a le titre et la possession réunis que, d'après l'art. 322, toute preuve contraire est inadmissible. Ainsi, non-seulement les adversaires de l'enfant peuvent renverser les faits de possession que celui-ci veut établir, ou encore, ces faits une fois prouvés, établir d'autres faits qui neutralisent l'effet des premiers et empêchent la constatation de la prétendue possession, mais aussi, quand la possession a été reconnue dès l'abord, ou qu'après contestation elle a été pleinement établie, ils pourront encore combattre les conséquences de paternité et de maternité qui résultent de cette possession, en prouvant qu'il n'est né aucun enfant du mariage des deux personnes, ou que ceux qui étaient issus de ce mariage sont morts. Donc, tant que la possession n'est pas reconnue, c'est à l'enfant à prouver qu'elle existe; une fois au contraire qu'elle est constatée, c'est à ses adversaires à prouver qu'elle est usurpée.

322. — Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre;

Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance.

31. Quand un enfant est indiqué dans son acte de naissance comme *né de Titius et de Sempronia, son épouse,* ou seulement comme *né de Sempronia,* que l'on reconnaît, d'ailleurs, être la femme de Titius, et que cet enfant est en possession de l'état de fils légitime de ces deux époux, cet état est inexpugnable, il est invinciblement établi; aucune preuve contraire ne peut être écoutée. Ainsi, quand les adversaires de

(1) *Conf.* Zachariæ (III, p. 656 et 657); Richefort (I, 92); Demolombe (V, 211).
(2) *Voy.* Paris, 25 mai 1852 (Dev., 52, II, 289; *J. Pal.*, 52, II, 232).

l'enfant, ou quand l'enfant lui-même (1), offriraient d'établir jusqu'à l'évidence, par un ensemble de faits incontestables, que Titius et Sempronia n'ont jamais eu d'enfant et que celui qui passe pour tel est le fils d'une autre femme auquel ils ont donné cette possession d'état, après l'avoir fait inscrire mensongèrement comme né de leur union, ces allégations ne pourraient pas être écoutées, et l'enfant resterait irrévocablement pour la loi fils légitime de Titius et de Sempronia. C'est qu'en effet, il fallait bien, pour le repos des familles, s'arrêter quelque part; et l'on ne pouvait pas, dans la prévision d'une fraude possible une fois sur cent mille, mettre l'état de tous les citoyens en butte à des attaques toujours permises.

N'oublions pas, du reste, que dans cet article, comme dans tous ceux de ce chapitre, il ne s'agit que des preuves de la filiation, et non des preuves de la légitimité. Ainsi, des adversaires de l'enfant, tout en reconnaissant qu'il est le fils de Titius et de Sempronia, pourraient très-bien prétendre prouver qu'il n'y a jamais eu de célébration de mariage entre les deux auteurs, ou que le mariage célébré n'a pas pu avoir d'existence légale, parce que l'un d'eux était mort civilement, ou enfin que ce mariage est nul et avait été contracté de mauvaise foi par les deux époux. Mais quant à la filiation, l'état de l'enfant, nous le répétons, est inattaquable, et il n'y aurait pas lieu, quoi qu'en aient dit certains jurisconsultes, de parler alors d'une action en désaveu. Cette action, en effet, s'éteint toujours au plus tard après deux mois de silence gardé par le mari depuis le moment où la naissance lui est connue; or, il y a ici, au profit de l'enfant, possession d'état, c'est-à-dire une série de faits par lesquels le mari lui-même lui a donné et assuré la qualité de fils légitime.

323. — A défaut de titre et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, la preuve de filiation peut se faire par témoins.

Néanmoins cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour déterminer l'admission.

324. — Le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics et même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante.

SOMMAIRE.

I. Troisième et dernier moyen : preuve testimoniale. — Elle est offerte à l'enfant dans quatre cas.

---

(1) Même par l'allégation d'une supposition d'enfant. Bordeaux, 4 août 1857 (Dev., 58, II, 202).

II. Condition préalable sous laquelle elle est admissible.
III. Elle serait inutile pour les faits qui se trouveraient prouvés par écrit.

I. — 32. Ces deux articles indiquent le troisième et dernier moyen offert à un enfant pour prouver sa filiation légitime : c'est la preuve testimoniale. Nous avons déjà parlé de preuve par témoins sous l'art. 321; mais là, ce n'était pas directement sa filiation que l'enfant avait à prouver; c'était simplement la possession : il lui suffisait d'établir qu'*il passait* notoirement pour fils de tels époux, et de là la loi concluait, jusqu'à preuve du contraire, qu'il l'était réellement. Ici, il est réduit à prouver directement la filiation même; il faut qu'il établisse positivement que la femme mariée dont il se dit fils est bien accouchée à l'époque qu'il prétend, et qu'il est bien l'enfant dont elle est accouchée. La preuve à faire ici est donc plus rigoureuse sous ce rapport, et elle l'est encore en ce qu'elle ne peut être admise que sous une condition préalable, qui n'est pas nécessaire dans le cas de l'art. 321. Aussi n'est-ce qu'à défaut des deux autres moyens de preuve, et quand l'enfant n'a pour lui ni titre ni possession d'état, que la loi lui offre le moyen de preuve indiqué ici.

Mais on conçoit qu'ici l'enfant doit être considéré comme n'ayant pas de titre, quand son acte de naissance n'indique pas sa filiation, et le présente comme né de père et mère inconnus; c'est ce que dit positivement notre art. 323; et il en serait exactement de même si la mère seulement était déclarée inconnue. Dans ce cas encore, évidemment, l'enfant n'a pas d'autre ressource que la preuve testimoniale. Du reste, cette preuve, qui, dans ces deux cas, lui est indispensable pour arriver à un état quelconque, lui est encore offerte pour réclamer un autre état que celui qui lui est attribué par le titre seul ou par la seule possession d'état, ou par un titre que la possession contredit. Ainsi, quand l'enfant est présenté par son acte de naissance comme issu du mariage de Jacques et de Françoise, et qu'il se prétend fils de Pierre et de Marie, il lui est permis (et c'est encore notre art. 323 qui le dit) de prouver par témoins qu'il est inscrit sous de faux noms, et que la filiation qu'il revendique lui appartient en effet. Mais il faut pour cela que la filiation indiquée par l'acte de naissance ne soit pas accompagnée d'une possession conforme, puisque, comme on l'a vu par l'art. 322, la réunion du titre et de la possession exclut toute preuve contraire, aussi bien de la part de l'enfant que contre lui. Mais, puisque c'est seulement la réunion d'un titre et d'une possession conformes l'un à l'autre qui exclut la preuve contraire, la preuve testimoniale sera donc encore ouverte à l'enfant quand il aura une possession sans titre, ou bien un titre et une possession contradictoires entre eux.

Donc, la preuve par témoins autorisée par nos articles pour établir la filiation est permise dans quatre cas : 1° Quand l'enfant n'a aucun titre ni aucune possession, ou seulement, ce qui est la même chose, un titre n'indiquant pas de filiation; — 2° Quand il a un titre complet et régulier, mais sans possession; — 3° Quand il a une possession sans titre,

ou avec un titre n'indiquant pas de filiation ; — 4° Quand il a un titre et une possession contradictoires.

II. — 33. Mais, dans tous ces cas, la preuve par témoins n'est jamais ouverte à l'enfant que sous une condition préalable : c'est que les deux faits de l'accouchement et de l'identité, qu'il offre d'établir, se trouvent déjà vraisemblables, soit au moyen d'un commencement de preuve écrit, soit par des indices suffisamment graves, résultant de circonstances dès à présent certaines. C'est aux tribunaux qu'il appartient de juger si les indices ont assez de gravité pour déterminer l'admission de la preuve par témoins. Le commencement écrit de preuve, que de graves indices peuvent remplacer s'il n'existe pas, peut résulter, soit 1° de titres de l'état civil concernant la famille à laquelle l'enfant prétend appartenir, et dans lesquels se trouveraient des énonciations donnant quelque vraisemblance aux prétentions de cet enfant; soit 2° de registres ou papiers domestiques des personnes que l'enfant dit être ses père et mère; soit enfin 3° de tous actes publics ou privés, émanés d'une personne quelconque qui, dans le procès actuel, se trouve avoir ou aurait, si elle était vivante, un intérêt contraire à celui de l'enfant (*voy.* art. 1347, 2e alin.).

Pourrait-on prendre pour commencement de preuve par écrit de simples lettres missives? Nous avions d'abord admis la négative, qui nous semblait commandée par le contexte de notre article. Mais nous croyons que c'était une erreur, et que notre doctrine à cet égard a été avec raison combattue par M. Demolombe. On peut en droit, quoique tel ne soit pas le langage ordinaire, comprendre les lettres missives sous le nom générique d'*actes*. La preuve s'en trouve notamment dans l'art. 1347, qui définit le commencement de preuve par écrit *tout acte,* quoiqu'il soit et ait toujours été entendu que, pour le cas de cet article, les lettres sont admissibles (Pothier, *Obligat.*, n° 803). Cela étant, il faut donc, ici comme ailleurs, admettre comme commencement de preuve tout écrit rendant le fait vraisemblable (1).

34. Dans le système de certains jurisconsultes, la règle posée par notre article souffrirait exception dans un cas prévu au titre *Des Actes de l'état civil*... On se rappelle que, d'après l'art. 46, quand des traces matérielles font déjà présumer la non-tenue ou l'interruption de la tenue des registres à l'époque à laquelle se reportent une naissance, un mariage ou un décès prétendus, ou encore la destruction postérieure des registres ou d'une partie de ces registres, le prétendant doit être admis à prouver par témoins cette naissance, ce mariage ou ce décès; or dans le système de ces jurisconsultes, lorsque l'enfant sera dans ce cas exceptionnel, il n'aurait pas besoin, pour être admis à prouver sa filiation, d'avoir un commencement de preuve par écrit ou des indices graves rendant cette filiation vraisemblable; il lui suffirait de prouver la non-tenue ou la destruction des registres... C'est là une erreur prove-

(1) Demolombe (V, 246); Aubry et Rau (IV, § 544, note 27, p. 552); Caen, 5 juill. 1843 (*Rec. de Caen*, t. VII, p. 438).

nant de la confusion faite entre la *naissance* et la *filiation* et qui a été réfutée au n° IV de l'art. 46, auquel nous renvoyons.

III. — 35. Au surplus, il est clair que l'enfant n'aurait pas besoin de prouver par témoins ce qui se trouverait suffisamment justifié par un acte; quand la loi admet la preuve testimoniale, elle admet par là même et *à fortiori* toute preuve écrite. Ainsi, s'il résultait, par exemple, des papiers domestiques des prétendus père et mère, que cette dernière est certainement accouchée d'un fils à l'époque où remonte la naissance de l'enfant, ce dernier n'aurait plus à prouver par témoins que son identité avec l'enfant dont cette femme est accouchée.

325. — La preuve contraire pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère.

36. Nous avons suffisamment indiqué, en expliquant les deux articles précédents, que l'enfant qui veut prouver par témoins sa filiation légitime n'a pas besoin d'établir et la maternité et la paternité, mais la maternité seulement; tout ce qu'il doit constater, avons-nous dit, c'est ce double fait, que la femme mariée qu'il prétend sa mère est bien accouchée d'un enfant, et qu'il est bien, lui, l'enfant dont cette femme est accouchée. Cet art. 325 nous donne la preuve de cette proposition, puisqu'une fois la maternité prouvée, c'est aux adversaires à prouver qu'il n'est pas l'enfant du mari. Ici donc, comme dans le cas où la maternité de la femme mariée est constatée par l'acte de naissance, la loi en tire elle-même la conséquence que le mari est le père, conséquence qui tient jusqu'à la preuve du contraire.

Mais si ces deux cas sont assimilés sous ce rapport, ils sont loin de l'être en tout. Dans le cas de maternité prouvée par témoins, la loi pose bien, au profit de l'enfant, la même présomption que dans le cas de maternité prouvée par le titre; mais cette présomption est loin d'avoir la même force. Dans le cas de titre, la présomption ne peut tomber que 1° par la preuve d'une impossibilité physique de cohabitation, ou 2° par la preuve du triple fait d'impossibilité morale, d'adultère de la mère et du recel de la naissance, ou 3° par les conditions indiquées pour le cas de séparation de corps; ici, au contraire, on peut la renverser par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant du mari. La loi, avec raison, n'a pas la même confiance et ne donne pas d'effets aussi énergiques à la maternité qui s'établit péniblement par les tiraillements d'un débat judiciaire, qu'à celle qui ressort régulièrement du titre même de la naissance. Il ne s'agit donc plus ici de l'action rigoureuse en désaveu proprement dit, laquelle n'a lieu que contre la présomption née d'une maternité constatée par titre, et il suffira toujours, dans le cas de notre article, de justifier d'une simple impossibilité morale de cohabitation. Une seule chose sera demandée ici : la conviction, chez le juge, que le mari n'est pas le père de l'en-

fant. La doctrine contraire de Maleville (art. 325) et de M. Dalloz (v° Filiat., ch. 2, § 3, n° 4) est une erreur que réfute assez le texte même de l'article (1).

Et remarquons que la double preuve que les adversaires de l'enfant peuvent fournir, par tous les moyens possibles, n'est soumise à aucune condition préalable. Ainsi, tandis que l'enfant ne peut prouver la maternité qu'au moyen d'un commencement de preuve écrit ou d'indices graves donnant déjà de la vraisemblance à sa prétention, ses adversaires peuvent prendre directement la preuve testimoniale, soit pour détruire cette preuve de maternité, soit pour renverser la présomption de paternité qui en découle.

326. — Les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état.

327. — L'action criminelle contre un délit de suppression d'état, ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état.

I. — 37. C'est souvent par un crime qu'un enfant se trouvera privé des preuves naturelles de sa filiation, comme c'est souvent par un crime que se trouve détruit le titre d'une célébration de mariage. Néanmoins, la loi, que nous avons vue, dans les art. 198 à 200, permettre aux parties intéressées à la contestation d'un mariage d'intervenir dans le procès criminel, pour puiser dans le jugement une preuve de la célébration, se montre ici plus sévère et déclare que la juridiction civile pourra seule prononcer sur les questions de filiation. La loi va plus loin encore, et dans la crainte que la décision rendue par une cour d'assises ou un tribunal correctionnel n'exerce de l'influence sur le débat civil, elle veut que ce dernier soit jugé définitivement (c'est-à-dire par un jugement dont on ne puisse plus appeler) avant que l'action criminelle puisse commencer. Et en effet, la loi ne permettant la preuve testimoniale, en matière de filiation, qu'après un commencement de preuve par écrit, ou en présence de graves indices, elle ne pouvait pas sans inconséquence soumettre cette matière à la décision ou même à l'influence de la juridiction criminelle, devant laquelle la preuve par témoins est admise sans aucune condition préalable. Cette plus grande sévérité peut s'expliquer par l'importance plus grande du débat dont il s'agit ici (*voy.* art. 199, n° V). Il est vrai que, sous d'autres rapports, la loi se trouve plus facile pour l'établissement de la filiation que pour l'établissement d'une célébration de mariage, puisque 1° elle accepte ici comme preuve la possession d'état qu'elle rejette en fait de mariage (art. 195), et que 2°, au moyen de la condition préalable que nous con-

(1) Merlin (*Rép.*, v° Légitimité, sect. 4, § 4, 7); Toullier (II, 894); Duranton (III, 137); Proudhon et Valette (II, p. 75-77); Zachariæ (III, p. 660); Richefort (I, 348); Demolombe (V, 259); Bordeaux, 13 fév. 1838; Rouen, 26 juill. 1838 (Dev., 38, II, 401 et 406). Comp. Caen, 17 mars 1847 (Dev., 48, II, 93); Cass., 11 avr. 1854 (Dev., 54, I, 289; Dall., 54, I, 92); Paris, 11 janv. 1864 (Dev., 64, II, 5).

naissons, elle admet absolument, et pour tous les cas, la preuve testimoniale, qui n'est permise, quant aux célébrations de mariage, que dans les deux cas de crime ou délit et de non-tenue ou perte des registres. Ces différences tiennent à la nature même des choses. Et d'abord, la possession d'état ne pouvait pas évidemment faire preuve au profit de prétendus époux qui se la procurent eux-mêmes. Quant à la preuve testimoniale, les circonstances dans lesquelles il pourrait être question de l'admettre, en dehors de ces deux cas de délit et de non-tenue ou perte des registres, sont telles, qu'il eût été ridicule d'écouter alors les allégations des réclamants : on ne peut pas croire deux prétendus époux venant dire qu'ils n'ont pas pensé à faire dresser un acte de leur célébration, ou qu'ils ignorent s'il en a été dressé un, ou enfin qu'ils ne se rappellent pas dans quelle commune cet acte se trouve. Mais quand il s'agit du cas où les deux réclamations ont le même fondement, savoir : le crime ou le délit que l'on prétend avoir supprimé la preuve de l'état, c'est pour l'établissement de la filiation que la loi se fait plus sévère.

Ainsi donc, tandis que, dans le cas de célébration de mariage, comme dans tous les cas en général où s'élèvent simultanément les deux actions civile et criminelle, c'est le criminel qui se juge d'abord et qui *tient le civil en état* (C. d'inst. crim., art. 3, alin. 2) ; dans le cas de filiation, au contraire, c'est le civil qui tient en état le criminel.

II. — 38. Mais il faut bien saisir le sens de notre article. Il n'entend parler que du cas où les deux actions s'élèvent en même temps ; c'est seulement quand l'action civile est déjà intentée avant la poursuite criminelle, ou qu'elle vient à s'élever pendant cette poursuite, que le civil tient le criminel en état. Autrement, et si l'on n'intentait pas d'action civile, il est clair qu'un accusé ne pourrait pas arrêter éternellement l'action publique et se mettre pour toujours à l'abri des peines que mérite son crime ou son délit, par le prétexte qu'une action civile peut toujours s'élever d'un moment à l'autre. L'art. 327 nous dit que l'action criminelle ne peut commencer qu'après le jugement civil ; mais il faut bien, pour qu'il s'applique, qu'il y ait lieu d'attendre un jugement civil, c'est-à-dire qu'un procès civil existe (1).

Du reste, il ne faudrait pas, en s'en tenant judaïquement à la lettre de l'article, dire que c'est seulement le *commencement* de l'action criminelle qui est subordonné au jugement définitif sur la question civile, et que si cette action criminelle était une fois commencée, elle pourrait continuer malgré l'action civile. Il est évident que c'est du *jugement* criminel qu'il s'agit ; car ce n'est pas l'ouverture de l'action, c'est l'ensemble des débats, et surtout le jugement, qui pourraient jeter de l'influence sur le jugement civil.

---

(1) Jugé que la suppression de la personne d'un enfant peut être poursuivie par la voie criminelle avant le jugement de la question d'état par les tribunaux civils, lorsque la suppression de la personne de l'enfant n'a pas eu pour but la question de filiation, et que cette question ne se rattache qu'incidemment au fait de l'accusation. Cass., 20 mars 1862 (Dev., 62, I, 847).

328. — L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant.

329. — L'action ne peut être intentée par les héritiers de l'enfant qui n'a pas réclamé, qu'autant qu'il est décédé mineur, ou dans les cinq années après sa majorité.

330. — Les héritiers peuvent suivre cette action lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne s'en fût désisté formellement, ou qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de la procédure.

SOMMAIRE.

I. La nature même de l'action en réclamation d'état la rend imprescriptible.
II. L'action, en passant aux successeurs quant aux biens, change de nature et devient une action pécuniaire. Conséquences.
III. Il en est autrement quand c'est son propre état que réclame le descendant de l'enfant. L'action reste alors une vraie réclamation d'état toujours imprescriptible. — Dissentiment avec les auteurs; singulière théorie de Toullier.
IV. Pour que l'action pécuniaire passe aux héritiers, il faut que l'enfant n'y ait renoncé ni formellement, ni par un silence de cinq ans de majorité.
V. Après ces cinq ans, les héritiers pourraient seulement continuer l'instance, non éteinte, ouverte par l'enfant. — Erreur de M. Zachariæ.
VI. Suite. — Autre erreur de Delvincourt et de M. Dalloz.

I. — 39. L'état des personnes, la qualité d'enfant légitime ou de bâtard, de fils de tel et telle, etc., n'est pas une chose dépendante de la volonté de ces personnes et ne peut pas, par conséquent, devenir l'objet de transactions, de renonciations, de conventions quelconques. S'il en est ainsi, cet état est donc inaccessible aussi à la prescription, puisqu'elle se fonde sur la renonciation présumée de celui auquel le droit appartenait. L'état ne peut donc se perdre ni s'acquérir par convention aucune, ni par prescription. Qui ne touche du doigt la vérité de cette proposition, que la prescription ne peut rendre bâtard un enfant légitime, ni faire devenir légitime un enfant bâtard, ni donner à Titius l'enfant de Sempronius?... L'action en *contestation* d'état est donc imprescriptible et perpétuelle contre l'enfant, de la même manière et pour la même cause que l'action en *réclamation* est imprescriptible et perpétuelle à son profit. Ainsi, quand l'art. 328 proclame cette dernière vérité, ce n'est pas pour rejeter la première; c'est pour rejeter seulement cette perpétuité quant aux héritiers de l'enfant, comme le prouvent les deux articles suivants.

Mais si l'état de l'enfant ne peut être l'objet d'aucune convention, ni de prescription, il n'en est plus de même, bien entendu, des droits pécuniaires qui peuvent exister pour lui comme conséquence de cet état. Ainsi, quand l'enfant, qui se disait d'abord fils légitime de Titius, et qui s'était mis, à ce titre, en possession de la succession de celui-ci, acquiesce à la pétition d'hérédité intentée par le cousin de Titius, qui prétend cet enfant étranger au défunt, cet acquiescement, nul en ce qui touche l'état de l'enfant, est parfaitement valable en ce qui touche

les biens héréditaires. Il en serait de même du silence qu'il garderait pendant trente années de majorité, à partir de l'ouverture de la succession : il y aurait là prescription entièrement insignifiante quant à l'état de l'enfant, mais pleinement efficace quant au droit héréditaire ; il suffirait même, selon les cas, d'une possession de vingt ou dix années pour ceux qui auraient tel ou tel des biens de la succession, non pas à titre de successeur universel, mais à titre d'acquéreur particulier (art. 2262, 2265).

II. — 40. Pour les héritiers de l'enfant, pour ceux qui ne peuvent intenter l'action qu'à ce titre d'héritiers, il n'en est plus ainsi. Une hérédité n'est que l'ensemble des droits pécuniaires laissés par un défunt ; et c'est sous le rapport pécuniaire seulement que l'héritier est le représentant de ce défunt, qu'il reçoit ses droits et se trouve chargé de ses obligations. L'action en réclamation d'état ne passe donc aux héritiers que comme action pécuniaire et en tant qu'il s'agit d'intérêt d'argent. Mais, s'il en est ainsi, elle s'éteindra donc pour eux, soit par la prescription, soit par une renonciation expresse ou tacite, par une transaction, un acquiescement, ou toute autre convention. L'art. 338 indique suffisamment toutes ces idées, en déclarant que l'action n'est imprescriptible qu'à l'égard de l'enfant.

Et puisque l'action ne passe à l'héritier que comme action d'argent, comme droit pécuniaire, il s'ensuit encore que la renonciation expresse ou tacite de l'enfant, laquelle serait insignifiante contre lui, empêcherait cette action d'exister pour l'héritier. La loi consacre cette vérité d'une manière énergique, en déclarant dans l'art. 329 que le silence gardé par l'enfant, pendant cinq ans seulement de majorité, fait naître une présomption de renonciation qui enlève l'action à ses successeurs.

41. Mais par quel délai l'action se prescrira-t-elle contre les héritiers ?... La loi n'ayant indiqué aucune prescription spéciale pour ce cas, il s'ensuit qu'on ne peut appliquer ici que la règle générale de l'art. 2262, qui déclare qu'aucune action prescriptible ne peut durer plus de trente ans. C'est donc après trente années écoulées depuis l'ouverture de la succession de l'enfant, sans interdiction ni minorité de l'héritier (art. 2252), que l'action en réclamation de l'état de l'enfant sera prescrite pour cet héritier.

42. Ce que nous venons de dire dans ce n° II concerne tous les héritiers, mais ne concerne qu'eux. Et d'abord, il s'agit de tous héritiers, de tous ceux qui sont appelés à un titre quelconque au droit héréditaire, à la totalité ou à une quote-part de la masse de biens qu'on appelle l'hérédité ; et ce, par la raison que l'action fait partie de cette masse de biens. Ainsi, le droit passe à tous les successeurs universels ; les successeurs particuliers en sont seuls exclus. Donc, l'action appartient, selon les cas, aux héritiers légitimes, aux enfants naturels, au conjoint survivant, à l'État, aux légataires universels ou à titre universel ; elle n'est refusée qu'aux légataires particuliers ou à ceux des successeurs universels qui renonceraient à la succession (*voy.* art. 317, n° I).

III. — 43. Mais il ne s'agit aussi que des héritiers, de ceux-là seu-

lement qui ne peuvent intenter l'action qu'à titre d'héritiers de celui dont ils réclament l'état ; c'est à eux seuls que s'appliquent les règles consacrées par les deux art. 329 et 330. Ceux au contraire qui, à la qualité d'héritiers, joindraient celle d'enfant ou descendant direct de l'enfant défunt, ne seraient pas soumis à ces mêmes règles. En effet, si je prétends que mon père, qui a passé jusqu'à sa mort pour le fils naturel de Marie-Julie Lebret, a été constamment trompé sur son état, et que j'aie la preuve qu'il était le fils légitime du baron de Saint-Germain, que l'on dit à tort décédé sans enfants, il est bien clair que l'action que j'intente alors n'est plus une action pécuniaire. Ce n'est plus seulement l'état de mon père, c'est aussi mon propre état que je réclame, puisque je prétends qu'au lieu de me nommer Jacques Lebret, je me nomme et suis Jacques de Saint-Germain, petit-fils et héritier du baron de ce nom. Mais si c'est alors mon état, à moi, que je réclame ; si j'agis en mon propre nom et non pas comme héritier, comme simple individu pécuniairement intéressé ; si c'est ma famille, mon titre, mon nom que je demande, et non pas seulement de l'argent, ou peut-être même pas d'argent du tout (parce que le baron de Saint-Germain est mort pauvre ou décédé depuis plus de trente ans déjà) ; s'il en est ainsi, on ne peut donc pas m'appliquer l'art. 329 et me déclarer non recevable, parce que mon père serait mort après cinq ans de majorité sans rien dire. Ce n'est plus dans le cas de cet art. 329, c'est dans le cas de l'art. 328 que je me trouve placé, puisque c'est mon état que je réclame, et mon action, dès lors, est imprescriptible. Et puisque ce n'est plus comme héritier que j'agis alors, il importe donc peu que j'aie renoncé à la succession de mon père ; car en renonçant à cette succession, je n'ai pas renoncé à ma famille et à mon nom.

44. Cette doctrine, qui nous paraît la seule vraie, la seule fondée en morale et en logique, n'est cependant pas généralement admise ; Toullier (II, 910), M. Duranton (III, 151), M. Zachariæ (III, p. 664) et aussi M. Demolombe (V, 305), enseignent que quand l'enfant ne réclame son état que comme une suite et une conséquence de l'état de son père, cet état, par exception aux principes, devient prescriptible, et que son action, traitée pour ce cas comme une action pécuniaire, s'éteint par la renonciation de cet enfant, par la renonciation qu'aurait faite le père aujourd'hui décédé, par le silence que ce père a gardé pendant cinq ans de majorité ; par toutes les causes, en un mot, qui résultent de la théorie de l'art. 329 (1). D'après cette doctrine, qui rejette dans l'art. 329, et au nombre des actions simplement pécuniaires, l'action par laquelle l'enfant réclame son propre état en invoquant l'état de son père comme base du premier, il faudrait dire que cet enfant ne peut agir que quand il devient vraiment héritier de son père, c'est-à-dire, dans le cas seulement où il accepte sa succession. Ainsi, par cela seul que l'enfant aurait répudié la succession de son père, il ne pourrait jamais réclamer

(1) *Conf.* Cass., 9 janv. 1854 (Dev., 54, I, 689; Dall., 54, I, 185) ; Aubry et Rau (IV, § 544 *bis*, p. 555) Massé et Vergé (§ 160, note 17).

son nom, sa famille, son état; il ne pourrait jamais arriver, ni par représentation ni de son chef, aux successions qui s'ouvriraient plus tard dans sa famille, quoique l'art. 744 déclare positivement qu'on peut très-bien représenter celui à la succession duquel on a renoncé; tout serait irrévocablement perdu pour lui!!!

Ce résultat, on le comprend, doit embarrasser les partisans du système que nous rejetons. Aussi, comme Toullier chancelle quand il cherche à fixer ses idées sur ce point! A cette question : Les enfants peuvent-ils réclamer l'état de leur père en renonçant à sa succession? Toullier répond en substance : « On pourrait dire oui : mais cependant le Code semble dire non; et pourtant il paraîtrait dire oui! » Et malheureusement M. Duvergier, dans ses notes, n'ajoute rien à cette doctrine, si c'est là une doctrine.

Toullier a tort de vouloir mitiger un système qui doit être adopté en entier ou rejeté en entier. Si l'on range l'action de l'enfant dans l'art. 329, à l'instar des actions pécuniaires; si l'on dit qu'aux yeux de la loi l'état et la famille ne sont plus qu'une question d'écus pour l'enfant qui ne peut réclamer son état qu'en réclamant celui de son père, il faut être conséquent et dire que cet enfant ne pourra agir qu'en se portant héritier de son père... Mais pourquoi donc rendre la loi si matérialiste, si peu morale, si peu logique, quand son texte ne l'exige en aucune façon? La loi ne nous dit-elle pas, dans l'art. 328, qu'à l'égard de l'enfant lui-même, à l'égard de celui qui réclame son propre état à lui, l'action est imprescriptible? Et qu'importe que, pour établir cet état, il ait besoin d'établir préalablement l'état de son père? N'avons-nous pas vu, par exemple, que les héritiers d'un mari, qui ne pourraient pas poursuivre comme objet principal l'adultère de la veuve, peuvent très-bien prouver cet adultère pour arriver au désaveu de l'enfant, désaveu qui sera la conséquence de cet adultère prouvé? Pourquoi donc ne pourrais-je pas demander *principaliter,* et comme objet direct, mon état à moi, sauf à prouver l'état de mon père, dont il est la conséquence?... On objecte que « laisser ainsi une action imprescriptible à tous les descendants directs, ce serait éterniser l'inquiétude des familles et l'incertitude des propriétés; que, si favorable que soit l'action en réclamation d'état, le législateur a dû en limiter la durée en la personne des enfants de celui dont l'état a été supprimé, attendu que les exemples d'enfants ainsi privés de leur état sont moins nombreux que les exemples d'individus qui cherchent à troubler injustement les familles, et qu'il y a plus de gens excités par la cupidité que de pères et mères dénaturés. » (*Voy.* Toullier, II, 610.) Mais on oublie ici, comme on l'oublie dans la fameuse question des aliénations faites par l'héritier apparent (art. 137, n° IV, t. I), que la loi a suffisamment veillé à cet objet, en établissant la prescription de tous les droits pécuniaires. On oublie que si la prescription ne peut pas m'enlever mon état, elle m'enlève très-bien les droits pécuniaires résultant de cet état; de sorte que si je puis exercer l'action à toute époque quant à l'état lui-même, je ne pourrai plus l'exercer, en ce qui concerne les biens, après trente, ou même

après vingt ou dix années, selon les cas. S'il en est ainsi, si la prescription s'accomplit d'après les règles ordinaires pour tout ce qui est question d'argent, il n'est donc pas à craindre que la cupidité éternise l'inquiétude des familles.

45. Il faut donc, selon nous, distinguer deux cas de réclamation d'état : 1° s'il s'agit de la réclamation d'état rigoureusement dite, de l'action par laquelle le demandeur réclame son état personnel ; alors, qu'il le base ou non sur la preuve à faire de l'état de son père, l'action est imprescriptible, c'est le cas de l'art. 328 ; 2° si le demandeur réclame un état qui n'est pas le sien, mais qu'il agisse seulement comme successeur universel de celui dont il réclame l'état, ce n'est plus là qu'une action pécuniaire prescriptible par trente ans : c'est le cas des art. 329 et 330.

IV. — 46. Maintenant, ces deux articles, il faut bien les entendre et ne pas confondre, comme l'ont fait des auteurs, les deux cas prévus par eux. L'art. 329 nous dit dans quel cas les successeurs universels aux biens peuvent *intenter* eux-mêmes l'action; l'art. 330 nous dit dans quel cas ils pourront *continuer* l'action intentée par l'enfant.

Les héritiers, c'est-à-dire tous les successeurs universels ayant accepté la succession, ne peuvent intenter l'action qu'autant que l'enfant est décédé mineur ou dans les cinq années qui ont suivi sa majorité, c'est-à-dire avec l'âge de vingt-six ans révolus. Quand l'enfant meurt après cette époque, la loi tire du silence par lui gardé pendant les cinq années de majorité la présomption d'une renonciation qui anéantit, pour les héritiers, une action qui chez eux n'est que pécuniaire. Et les héritiers ne pourraient pas se soustraire à l'effet de cette présomption en prouvant ou que l'enfant est mort dans l'ignorance de son véritable état, ou même qu'il avait, au moment de sa mort, l'intention bien arrêtée d'agir prochainement; car, aux termes de l'art. 1352, « nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle dénie l'action en justice. » C'est donc là une de ces présomptions qu'on a appelées *juris et de jure,* et à l'effet desquelles il est impossible d'échapper (art. 124, n° XXI).

Et puisque la simple renonciation tacite de l'enfant empêche l'action de passer aux héritiers, il en serait donc de même *à fortiori* d'une renonciation formelle. Ainsi, la transaction, la convention quelconque, par laquelle l'enfant aurait déclaré renoncer à son droit, bien qu'elle n'empêchât pas l'action de subsister toujours pour lui, l'empêcherait d'arriver aux héritiers.

Quand il y a eu de la part de l'enfant une renonciation formelle à son droit, aucune circonstance ne peut faire revivre l'action pour les héritiers : car elle est désormais anéantie en tant qu'action pécuniaire ; or, c'est seulement comme telle qu'elle pourrait être exercée par eux. Mais ce même effet, cette déchéance irrévocable, ne résulte pas également du silence gardé par l'enfant pendant cinq ans de majorité : quand l'enfant a dépassé l'âge de vingt-six ans sans agir, il n'est pas encore impossible que les héritiers jouissent de l'action après sa mort. En

effet, si plus tard cet enfant intente lui-même l'action, cette circonstance détruisant la présomption de renonciation que la loi avait posée, la mort de l'enfant arrivée pendant l'instance transmettrait aux héritiers le droit de continuer cette action par lui commencée. Telle est la disposition formelle de l'art. 330.

V. — 47. Mais, bien entendu, pour que l'instance ouverte par l'enfant puisse être continuée après lui par les héritiers, il faut qu'il n'y ait pas renoncé, soit formellement, soit tacitement. La renonciation formelle à une action s'appelle *désistement* (art. 402 et 403 C. proc.); la renonciation tacite consiste dans une prescription qui prend le nom de *péremption d'instance,* et qui résulte de trois années d'inaction (art. 397 et suiv., *ibid.*). Si donc l'enfant, après avoir intenté l'action, s'en désiste ou la laisse périmer, cette action étant dès lors comme non avenue, les héritiers en resteront privés : c'est ce qu'explique la fin de l'art. 330.

Du reste, pour que le désistement ou la péremption aient lieu, il ne suffit pas que l'enfant ait déclaré et signifié qu'il se désiste, ou qu'il ait laissé passer trois ans sans poursuites; il faut que l'adversaire, dans le premier cas, ait signifié son acceptation du désistement, et que, dans le second, il ait fait prononcer la péremption (C. proc., art. 402, 403, 399). Si donc l'enfant meurt avant l'acceptation de l'adversaire, ou avant que la péremption soit demandée, les héritiers pourraient continuer l'action, en déclarant qu'ils retirent le désistement, ou en signifiant un nouvel acte de procédure pour empêcher la péremption.

Tout ceci devient si clair et si simple par la comparaison de notre art. 330 avec les deux titres *De la Péremption* et *Du Désistement,* que nous ne comprenons pas comment M. Zachariæ a pu soutenir (III, p. 662, note 6) que la péremption s'accomplit, dans ce cas, de plein droit et par la seule échéance des trois ans. Si, de ce que l'article ne parle que de l'absence de poursuites pendant trois ans, on devait conclure que la demande de péremption n'est pas nécessaire ici, il faudrait aussi, de ce que l'article demande seulement que l'enfant se soit désisté, conclure que l'acceptation du désistement par l'adversaire n'est pas nécessaire non plus; car les deux idées sont corrélatives. Pourquoi donc M. Zachariæ n'ose-t-il pas tirer aussi cette dernière conclusion?...

Qui ne voit que les rédacteurs ont fait ici ce qu'ils devaient faire? Poser l'idée capitale de désistement et de péremption, sauf à développer dans le Code de procédure les diverses règles de détail... C'est d'autant moins douteux, pour la péremption précisément, que dans le titre qui lui est consacré au Code de procédure, au siége même de la matière, l'art. 397, le premier de ce titre, se contente de généraliser les termes de notre article, en disant de toutes les actions ce que le nôtre dit de la réclamation d'état : « Toute instance sera éteinte par la discontinuation de poursuites pendant trois ans »; ce n'est qu'un peu plus loin, dans l'art. 399, que le rédacteur dit que la péremption, au

lieu d'avoir lieu de plein droit, devra être demandée par le défendeur. Mais, parce que l'art. 397 déclare l'action *éteinte* par la discontinuation des poursuites, faudra-t-il dire qu'il est en contradiction avec l'art. 399?... Non, sans doute; le second de ces articles ajoute une règle de détail à la règle principale posée par le premier. Eh bien! c'est cette règle principale qui est indiquée aussi dans notre art. 330; et l'interprétation de M. Zachariæ est évidemment inadmissible.

VI. — 48. Le désistement et la péremption ne constituent pas, de la part du demandeur, une renonciation au droit qu'il prétend avoir, mais seulement une renonciation à la continuation de l'action qu'il avait intentée; en sorte que, même dans les cas ordinaires, pour les droits purement pécuniaires, le demandeur peut toujours, après la péremption prononcée ou le désistement accepté, intenter une action nouvelle, ce qu'il ne pourrait plus faire, s'il y avait renonciation au droit lui-même. Les choses sont remises dans le même état que s'il n'avait pas intenté l'action, et voilà tout (C. proc., art. 401 et 403).

Donc, si c'était pendant les cinq premières années de sa majorité que l'enfant se fût désisté de son action, ou qu'il eût laissé périmer, et qu'il mourût ensuite dans ce même délai de cinq années, ses héritiers pourraient très-bien intenter une action nouvelle après sa mort. Prétendre le contraire, comme l'ont fait certains auteurs, notamment Delvincourt et M. Dalloz, ce serait violer et les principes du Code de procédure, et la théorie même de nos art. 329 et 330. Ce serait violer les principes du désistement et de la péremption, puisque ce serait leur donner l'effet d'une renonciation au droit lui-même. Ce serait violer nos articles eux-mêmes; car, d'après l'art. 330, le désistement ou la péremption retirent aux héritiers, non pas le droit d'intenter une action nouvelle, mais seulement le droit de *suivre* celle intentée par l'enfant; et d'après l'art. 329, les héritiers ont ce droit d'intenter l'action dès là que l'enfant est mort avant vingt-six ans sans avoir agi. Or, l'effet légal du désistement et de la péremption, c'est de faire regarder le demandeur comme n'ayant pas agi.

La doctrine contraire, résultat de ce système d'interprétation judaïquement littérale si fertile en erreurs, tombe au choc du moindre examen. La pensée palpable de la loi, c'est que l'action est enlevée aux héritiers par la renonciation tacite de l'enfant, laquelle résulte d'un *silence continué pendant cinq ans de majorité*. Or, quand l'enfant intente son action à vingt-deux ans; qu'après trois ans d'inaction une péremption est demandée ou un désistement formel accepté, et qu'il meurt six mois après, à vingt-cinq ans et demi, sans avoir intenté une nouvelle action, alors, sa réclamation étant censée non avenue, que s'ensuit-il? que peut-on en conclure *de plus rigoureux?*... Ce serait que la volonté de ne pas agir a duré chez lui *pendant quatre ans et demi*. Mais ce n'est pas pendant quatre ans et demi, c'est pendant cinq ans que cette volonté doit avoir duré, d'après l'art. 329. Il reste donc six mois encore, six mois pendant lesquels l'enfant pouvait changer d'avis, six mois par conséquent pendant lesquels sa mort doit faire passer l'ac-

tion aux héritiers. La simple lecture des deux articles fait comprendre que le second ne parle que du cas où l'enfant meurt après vingt-six ans; les idées du Code sont celles-ci : 1° le droit pécuniaire que l'enfant avait au moment de sa mort passe à ses héritiers, s'il meurt avant vingt-six ans (art. 329); mais 2° s'il meurt après vingt-six ans, les héritiers restent sans droit, sauf qu'ils pourraient seulement continuer l'action commencée, pourvu, bien entendu, qu'elle ne soit pas éteinte (art. 330) (1).

CHAPITRE III.

DES ENFANTS NATURELS.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA LÉGITIMATION DES ENFANTS NATURELS.

331. — Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration.

SOMMAIRE.

I. Le mariage légitime l'enfant de plein droit, pourvu que cet enfant soit dès à présent légalement connu : erreur de M. Duranton.
II. Mais la légitimation est impossible pour l'enfant adultérin ou incestueux, nonobstant toute dispense. Erreur de Maleville et de Toullier, reconnue par M. Duvergier.
III. Ce principe s'applique également au cas de légitimation tacite. Erreur de MM. Duranton et Zachariæ.

I. — 49. C'est aux princes chrétiens du Bas-Empire qu'est due l'institution de la légitimation des enfants naturels. Cette légitimation, dans le droit romain, pouvait se réaliser de quatre manières : 1° le mariage subséquent des père et mère; 2° l'oblation de l'enfant à la curie; 3° un rescrit de l'empereur, lorsque le mariage était devenu impossible par la mort de la mère; enfin, quand le père lui-même était mort, le testament de celui-ci, toujours avec le rescrit impérial.

Notre Code n'admet comme moyen de légitimation que la première de ces quatre causes, le mariage subséquent. Mais il faut, pour que la légitimation ait lieu, qu'au moment du mariage l'enfant soit connu légalement pour appartenir aux deux personnes qui se marient. Il faut donc qu'il existe à son profit, vis-à-vis de chacun des deux futurs époux, ou un acte authentique de reconnaissance volontaire (art. 334), ou une déclaration judiciaire de paternité ou de maternité (art. 340 et 341), ou enfin une reconnaissance passée au moment même du mariage et constatée dans l'acte de célébration. Sous cette condition, le

(1) *Conf.* Duranton (III, 157); Zachariæ (III, p. 663); Demolombe (V, 289-291).

mariage légitime l'enfant, et le légitime de plein droit; mais cette condition est indispensable, et la reconnaissance volontaire ou forcée, intervenue seulement après la célébration, laquelle suffisait dans notre ancienne jurisprudence (Pothier, *Contr. de mariage*, 423), serait aujourd'hui sans effet quant à la légitimation. Ainsi, il faut qu'on ait au moment du mariage la connaissance légale de la filiation, volontairement donnée ou judiciairement obtenue, vis-à-vis de chacun des deux parents; donc, celle de la mère seule ne suffirait pas, et celle du père seul, quand même elle contiendrait l'indication par lui faite de la mere, ne suffirait pas non plus, sans l'aveu de celle-ci. L'art. 336 le déclare positivement, et doit lever les doutes qu'exprime à ce sujet Toullier (II, 927). Et peu importerait que l'enfant arrivât plus tard, pendant ou après le mariage, à la preuve judiciaire de la maternité de l'épouse du père qui l'avait reconnu antérieurement. En vain dirait-on, comme M. Duranton (III, 180), que le jugement n'attribuant pas, mais constatant seulement une qualité que l'enfant a eue réellement depuis sa naissance, c'est comme si l'enfant avait été légalement connu dès cette naissance. C'est là une singulière raison; car la reconnaissance aussi ne fait que *reconnaître* une qualité préexistante, en sorte que cette doctrine conduit à dire qu'une reconnaissance postérieure, volontaire ou forcée, suffira toujours. C'est le contre-pied parfait et la violation complete de notre article. Aussi cette doctrine est-elle rejetée, avec raison, par Delvincourt, Favard, M. Zachariæ, etc. Nous reviendrons là-dessus sous l'art. 337, n° VII.

50. Nous avons dit que, par le mariage de ses père et mère, l'enfant légalement connu est légitimé de plein droit. C'est qu'en effet, le Code, ni dans notre article, ni ailleurs, n'exige aucune condition, soit d'une déclaration du vœu des parents, soit de la manifestation de l'assentiment de l'enfant : c'est le fait même du mariage qui confère absolument à cet enfant la qualité de légitime. Donc le mot *pourront* de notre article signifie, non pas que l'enfant de deux personnes *qui se marient* peut être ou n'être pas légitimé; mais que l'enfant naturel sera ou ne sera pas légitimé, selon que ses père et mère se marieront ou ne se marieront pas : la faculté tombe non pas sur la légitimation seule, qui pourrait alors, à volonté, résulter ou ne pas résulter du mariage, mais tout ensemble sur la légitimation et le mariage, considérés comme deux événements inséparables qui se réaliseront tous deux, ou n'auront lieu ni l'un ni l'autre. Mais, bien entendu, comme la reconnaissance préalable est la base de la légitimation, les parents ou l'enfant pourraient très-bien empêcher ou détruire cette légitimation : les premiers, en ne reconnaissant pas, ou en prouvant fausse, une prétendue reconnaissance; le second, en contestant et détruisant la reconnaissance de ses prétendus parents (1).

II. — 51. Du reste, tous les enfants naturels ne peuvent pas être légitimés, parce qu'en effet tous ne peuvent pas être reconnus. Ce dou-

(1) *Voy.* Lyon, 22 mai 1862 (Dev., 63, II, 39; *J. Pal.*, 62, 836).

ble bienfait, de la légitimation et d'une reconnaissance qui en est le fondement, est positivement refusé par notre article et par l'art. 335 aux enfants adultérins et aux enfants incestueux. On sait que l'enfant adultérin est celui provenant du commerce de deux personnes, dont l'une ou chacune était mariée avec une troisième au moment de la conception; et que l'enfant incestueux est celui dont les auteurs, à ce même moment de la conception, étaient parents, ou alliés au degré prohibé, sans être déjà mariés au moyen de dispenses.

Malgré la disposition si formelle et si absolue de notre article, quelques jurisconsultes, notamment Maleville (art. 331), Toullier (II, 933), M. Pont (*Rev. de lég.*, t. VIII, p. 150) et M. Dupin aîné (*Moniteur* du 4 mars 1838), ont enseigné que les enfants incestueux sont légitimés par le mariage subséquent que leurs père et mère contractent en vertu de dispenses. Mais cette doctrine est repoussée, avec raison, par la plupart des auteurs (1). Et en effet, bien loin que la prohibition de notre article ne soit pas faite pour cette classe d'enfants incestueux, elle n'est au contraire faite *que pour elle!*

L'impossibilité d'obtenir le bénéfice de la légitimation n'est écrite que pour ceux des enfants incestueux dont les parents se marient ensuite au moyen de dispenses, puisque ces dispenses sont le seul moyen de mariage, et que ce mariage est à son tour le seul moyen de légitimation. Ce n'est pas, apparemment, à deux parents qui ne peuvent jamais se marier que la loi dit : Je ne veux pas que le mariage que vous contracterez légitime vos enfants!... Que cette règle soit trop sévère, que le législateur n'en ait pas assez calculé les conséquences, et qu'il fût bon de la supprimer, tout cela est possible, quoique nous ne le pensions pas. Nous croyons, nous, que ce serait donner à l'immoralité une prime d'encouragement, et travailler à rendre les scandales plus fréquents, que d'assurer l'oubli si complet et si facile du crime; nous croyons que la femme qui a en perspective, pour l'enfant qui peut naître de ses coupables relations, une honte ineffaçable, sera plus forte contre la séduction que celle qui aperçoit déjà pour lui les honneurs de la légitimité. Mais, quoi qu'il en soit de ces idées, ce qui est certain et prouvé à l'égal d'une démonstration géométrique, c'est que les dispenses ne rendront pas la légitimation possible, tant que le mot *incestueux* restera écrit dans notre article.

III. — 52. Nous avons déjà dit, sous l'art. 314, n° 1, que cette impossibilité de légitimation, pour conception incestueuse, s'applique

---

(1) Merlin (*Rép.*, v° Légitimat., sect. 2, § 2, 9); Favard (*ibid.*, § 1, 4); R. de Villargues (n° 199); Delvincourt (t. I); Duranton (III, 177); Proudhon et Valette (II, p. 168); Zachariæ, Aubry et Rau (IV, § 546, p. 596); Massé et Vergé (I, p. 313, note 10); Duvergier (sur Toullier); Demolombe (V, 354); Douai, 1er juill. 1864 (Dev., 64, II, 182; *J. Pal.*, 64, 622). *Contrà :* Paris, 14 juin 1858 (Dev., 59, II, 213; Dall., 58, II, 151); Amiens, 14 janv. 1864 (Dev., 64, II, 11); *Dic. not.* (v° Légitimat., n° 10). — Signalons, au surplus, la singulière idée de M. Duranton, qui pense que la Cour suprême ne devrait casser ni les arrêts repoussant la légitimation, ni ceux qui l'admettraient... Du moment que la légitimation est proscrite par notre article, comme le reconnaît M. Duranton, il est bien clair que ces derniers arrêts devraient être cassés pour violation de cet article.

également à l'enfant qui naît pendant le mariage contracté en vertu de dispenses, mais dont la conception est antérieure à ce mariage. C'est qu'en effet, c'est toujours et uniquement au moment de la conception qu'il faut se reporter pour savoir s'il y a inceste ou adultère, et déduire les conséquences de l'adultère ou de l'inceste.

Cependant, M. Duranton et M. Zachariæ (III, p. 626), tout en professant cette doctrine pour le cas d'adultère, la rejettent pour le cas d'inceste. La légitimation, selon eux, est une fiction par laquelle la loi suppose que *les père et mère étaient déjà mariés à l'époque de la conception de l'enfant*. Ce principe, dont nous allons prouver la fausseté, étant une fois admis, ils en déduisent ainsi les conséquences : Une fiction légale s'arrêtant nécessairement aux limites du possible légal, celle qui fait remonter le mariage au moment de la conception n'aura son effet qu'autant qu'à ce moment le mariage était possible; or, le mariage des père et mère incestueux était déjà possible à ce moment, puisque les dispenses obtenues plus tard auraient pu l'être dès cette époque; au contraire, le mariage des père et mère adultérins était complétement impossible. Donc, la fiction de légitimation aura lieu pour l'enfant incestueux, et elle n'aura pas lieu pour l'enfant adultérin... Or tout ceci est doublement erroné : erreur dans le principe qui sert de point de départ; erreur dans la manière de procéder, laquelle n'est qu'un cercle vicieux dont nous verrons les étranges conséquences.

Et d'abord, erreur dans le point de départ de M. Zachariæ. Pour le prouver, nous donnerons des raisons qui ne viennent pas de nous, mais du texte même de la loi, et aussi de M. Zachariæ, qui s'est parfaitement réfuté lui-même.

La légitimation est une fiction; mais cette fiction, au lieu de faire remonter le mariage au jour de la conception, ou seulement au jour de la naissance, fait redescendre et la conception et la naissance au jour du mariage. « Les enfants légitimés par le mariage, dit l'art. 333, auront les mêmes droits que *s'ils étaient nés de ce mariage* »; — « La légitimation, dit M. Zachariæ, est une fiction légale... (p. 669); mais *elle n'a jamais d'effet rétroactif*, elle ne remonte *ni au jour de la conception, ni au jour de la naissance;* elle ne date *qu'à partir du mariage* (p. 673). » Enfin ses deux annotateurs ajoutent avec beaucoup de clarté : « C'est le jour du mariage qui est le jour de la conception et de la naissance légitimes : *Dies nuptiarum, dies est conceptionis et nativitatis legitimæ...* » Ce principe, tout contraire au premier et aussi exact que l'autre était faux, va nous faire toucher du doigt le cercle vicieux que nous reprochons à nos adversaires.

L'enfant dont la conception incestueuse remonte à sept ou huit mois avant le mariage célébré sur dispenses, et qui naît un mois ou deux après ce mariage, cet enfant, dans la doctrine que nous rejetons, a été légitimé dans le sein de sa mère, et ce n'est plus parce que la légitimation a fait remonter fictivement le mariage au jour réel de sa conception, c'est au contraire parce qu'elle a fait descendre le jour de sa conception au jour réel du mariage : *Dies nuptiarum, dies est conceptionis*

legitimæ. C'est fort bien ; mais où trouvera-t-on la moindre raison pour qu'il en soit autrement de l'enfant adultérin?... Il y a neuf mois, alors que j'étais marié à Louise, Marie a conçu de mes œuvres un enfant ; cet enfant naît aujourd'hui, quelques semaines après le mariage que la mort de ma première femme m'a permis de contracter avec Marie. Cet enfant, par l'effet de la légitimation, étant réputé conçu le jour du mariage avec sa mère (*Dies nuptiarum, dies est conceptionis legitimæ*), sa conception, fictivement, est pure et sans tache, et il naît légitime... Mais ce n'est pas assez : tous les enfants incestueux ou adultérins nés un an, cinq ans, dix ans, etc., avant le mariage que leurs père et mère arrivent à contracter par suite ou de dispenses ou du décès de l'époux faisant primitivement obstacle à l'union, tous ces enfants, en masse et sans exception aucune, jouiront du bienfait de la loi, ou, pour mieux dire, du bienfait absurde de notre raisonnement vicieux. Eux aussi diraient que, par l'effet de la légitimation, leur conception et leur naissance seront fictivement descendues au jour du mariage, *dies nuptiarum, dies est conceptionis et nativitatis legitimæ,* et que dès lors ce mariage les rend légitimes. Et que deviendra donc la règle de notre article que le mariage subséquent légitime les enfants naturels, *autres que les bâtards incestueux ou adultérins?*... Pour avoir voulu la modifier, on arrive à sa pleine et entière suppression : c'est l'effet de l'arbitraire.

53. Mais quel est donc le vice si profond du raisonnement que nous avons emprunté à M. Zachariæ? Nous l'avons dit, c'est une pétition de principe ; on tire et on applique les *conséquences* de la légitimation avant d'avoir prouvé, et précisément *pour prouver*, que la légitimation est *possible!*... Sans doute, *par l'effet de la légitimation,* la conception et la naissance sont fictivement ramenees au jour du mariage ; mais pour que *cet effet* de la légitimation se réalise, il faut avant tout que la légitimation soit permise! Ainsi, ce qu'il faut se demander tout d'abord, et surtout avant de chercher ce qui arrivera pour l'enfant *par l'effet* de la légitimation, c'est ceci : L'enfant est-il susceptible de légitimation? Or, à ceci, notre article répond que la légitimation est impossible pour les enfants adultérins ou incestueux ; et maintenant, c'est toujours et uniquement par la conception que se détermine la qualité d'incestueux ou d'adultérin. Tout est là.

Et comment, en effet, la légitimation serait-elle possible pour ces enfants, puisqu'il lui faut pour base préalable une reconnaissance formelle ou tacite (formelle quand l'enfant est né au moment du mariage ; tacite quand il n'est encore que conçu), et que la reconnaissance même formelle est prohibée pour ces enfants par l'art. 335?... Dirait-on, pour échapper à cet argument péremptoire, que cet art. 335 ne défend la reconnaissance, et que notre art. 331 ne défend également la légitimation, que pour les enfants *nés* d'un commerce adultérin ou incestueux, ce qui laisse intact le cas de l'art. 314, où il ne s'agit que d'enfants *conçus* seulement. Le moyen ne serait pas heureux ; car, d'abord, il s'appliquerait aussi bien à l'enfant adultérin qu'à l'enfant in-

cestueux ; or, pour le premier, tout le monde est d'accord que la légitimation est impossible ; puis ceci conduirait à un résultat par trop bizarre et dont personne sans doute ne se fera le champion, c'est que je pourrais toujours reconnaître mon enfant incestueux ou adultérin, pourvu que je le fisse pendant qu'il est encore dans le sein de sa mère !

Ainsi donc, en résumé, les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent *jamais* être légitimés, ni après ni avant leur naissance, c'est-à-dire, ni dans le cas de notre article, ni dans le cas de l'art. 314. Mais nous avons vu (art. 202, n° III, alin. 12) qu'ils seraient légitimes s'ils étaient conçus pendant le mariage (nul) que leurs père et mère, ou l'un d'eux, auraient contracté de bonne foi (1).

332. — La légitimation peut avoir lieu, même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants ; et, dans ce cas, elle profite à ces descendants.

54. La légitimation ayant pour but et pour effet de conférer la qualité d'enfant légitime, et cette qualité ayant pour effet à son tour de rattacher les uns aux autres tous les membres de la parenté ascendante et descendante, il s'ensuit que les descendants légitimes d'un enfant naturel prédécédé peuvent profiter de la légitimité conférée à leur auteur défunt, puisque cette légitimité rétablira l'anneau dont l'absence les empêche de se rattacher légalement à leurs aïeuls. Mais il faut, pour cela, que les descendants laissés par l'enfant défunt qu'il s'agit de légitimer soient eux-mêmes légitimes (soit par la conception même, soit par légitimation), puisqu'un enfant naturel, tant qu'il reste tel, ne peut *jamais* se rattacher aux ascendants de ses père ou mère : ces père et mère sont les seuls auxquels il puisse être lié, de sorte que, légalement, un enfant naturel ne peut pas avoir d'aïeuls ni d'aïeules.

Il fallait donc, dans l'article, ajouter aux mots *descendants* le mot *légitimes*. Mais il était bien inutile de dire que, dans le cas où la légitimation d'un enfant défunt aurait lieu, ses descendants en profiteraient, puisque ces descendants sont les seuls auxquels elle puisse profiter, de sorte qu'à leur défaut elle serait impossible comme se trouvant absolument sans objet.

333. — Les enfants légitimés par le mariage subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage.

55. Nous avons suffisamment expliqué, sous l'art. 331, que la légitimation est une fiction par laquelle la conception d'un enfant naturel, et aussi sa naissance, quand il est né avant le mariage, sont censées

(1) On sait qu'une loi du 10 décembre 1850, rapportée au supplément des *Codes Tripier*, et dont nous avons reproduit l'art. 1er au tome précédent (n° 593), a facilité pour les indigents l'obtention des diverses pièces nécessaires à la légitimation de leurs enfants naturels et au retrait de ces enfants des hospices où ils auraient pu être déposés.

n'avoir lieu qu'au moment qui suit la célébration de ce mariage; en sorte que cette légitimation n'a aucun effet rétroactif. Il suit de là que, dans l'intervalle de sa conception réelle à cette célébration, l'enfant, même dans le cas privilégié de l'art. 314, a toujours été bâtard et n'a pu, dès lors, recueillir les successions ouvertes dans cet intervalle. Il s'ensuit encore que si le père d'un enfant naturel légalement reconnu contracte, avec une autre femme que la mère, un mariage dont il naît un enfant, et que, devenu veuf, il épouse la mère de cet enfant, celui-ci, quoique beaucoup plus âgé que l'enfant du premier mariage, ne sera cependant que le puîné légalement (1). Cette circonstance serait indifférente aujourd'hui dans les successions, puisque le Code n'admet aucune préférence de primogéniture (art. 745); mais elle produirait encore son effet pour la transmission des majorats, lesquels, pendant le peu de temps qu'il leur reste encore à subsister, passent toujours à l'aîné des enfants mâles du titulaire (*voy.* l'explication de l'art. 896).

SECTION II.

DE LA RECONNAISSANCE DES ENFANTS NATURELS.

56. Cette section devrait être intitulée, par corrélation avec le chapitre II ci-dessus, *Des preuves de la filiation des enfants naturels;* c'est, en effet, des moyens par lesquels l'enfant naturel peut établir cette filiation qu'il s'agit ici.

Une reconnaissance légale est, pour l'enfant naturel, l'unique moyen de prouver sa qualité; il ne pourrait argumenter ni de son acte de naissance, ni de sa possession d'état. Mais cette reconnaissance peut être ou volontaire de la part des parents, ou forcée et obtenue au moyen d'un jugement. Les six premiers articles de notre section, 334 à 339, s'occupent de la reconnaissance volontaire; les trois autres parlent de la reconnaissance forcée, ou déclaration judiciaire de paternité ou de maternité.

334. — La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance.

I. — 57. L'acte qui peut le plus naturellement contenir la reconnaissance d'un enfant, c'est son acte de naissance; mais cette reconnaissance peut très-bien être faite aussi dans tout autre acte, qu'il soit spécial ou relatif en même temps à un autre objet, peu importe; la seule condition nécessaire, c'est que l'acte soit authentique, c'est-à-dire reçu par un officier public compétent, avec les solennités requises (art. 1317). Ainsi, la reconnaissance peut être reçue, soit avant la naissance,

(1) Jugé que la légitimation par mariage subséquent d'un enfant naturel que l'époux avait eu avant un premier mariage ne peut nuire aux enfants issus de ce premier mariage, par application de l'art. 337. Lyon, 17 mars 1863 (Dev., 63, II, 205; *J. Pal.*, 63, 1151).

soit postérieurement à la rédaction de l'acte de naissance, par l'officier de l'état civil sur les registres des naissances; par un notaire ; par un juge de paix, assisté de son greffier, dans un procès-verbal de conciliation. De même, si sur la sommation faite à une personne, par le ministère d'un huissier, de déclarer si elle entend contester à tel enfant la qualité de son enfant naturel, la personne répond qu'elle lui reconnaît cette qualité, la constatation de cette réponse, faite par l'huissier dans son procès-verbal, constituera un acte parfaitement légal de reconnaissance. Il en serait ainsi encore de la déclaration, même incidente, faite par le père ou la mère dans le contrat de mariage de l'enfant, dans un inventaire notarié, etc. La reconnaissance, en un mot, pourra se trouver efficacement dans tout acte dressé par un officier public ayant qualité pour recevoir et constater les déclarations des citoyens (1).

Mais, nous le répétons, il faut que l'acte soit authentique (2) : notre article ne peut pas laisser de doutes à cet égard ; et c'est violer la loi d'une manière évidente que de décider, par quelques considérations que ce soit, que dans telle ou telle circonstance un acte sous seing privé pourrait suffire. Cet acte ne pourrait servir que de commencement de preuve, pour la recherche judiciaire de la maternité; et la doctrine contraire de Toullier est une erreur que son annotateur, M. Duvergier, a en effet reconnue telle (II, 950-952). Du reste, de quelque officier qu'émane l'acte authentique, et qu'il soit spécial pour la reconnaissance, ou relatif en même temps à un autre objet, dans tous les cas, et dès que la reconnaissance ne se trouve pas dans l'acte de naissance lui-même, il en doit être fait mention en marge de cet acte de naissance (*voy.* l'explication de l'art. 62).

58. Dans le cas même où la reconnaissance est faite dans l'acte de naissance, elle ne fait pas partie intégrante de cet acte; il y a alors, ainsi que nous l'avons expliqué sous l'art. 62, deux actes réunis en un, et qui ne sont pas régis pour cela par les mêmes principes. Ainsi, tandis que, à défaut du père, la personne chez qui la femme est accouchée, et, à défaut de celle-ci encore, les médecins, sages-femmes ou autres individus ayant assisté à l'accouchement, ont mission pour faire dresser l'acte de naissance (art. 56), et donner ainsi à l'enfant, quand il est légitime, un acte de filiation (puisque, pour cet enfant, l'acte de naissance est aussi l'acte de filiation, d'après l'art. 319); ces mêmes personnes ne pourraient pas, déclarant la naissance d'un enfant naturel, faire rédiger une reconnaissance de cet enfant. Le père lui-même, en faisant cette déclaration de naissance, ne pourrait indiquer la filiation,

---

(1) Merlin (*Rép.*, v° Filiat., n° 6); Toullier (IX, 120); Duranton (III, 211); R. de Villargues (n° 223); Zachariæ (IV, p. 49 et 50); Valette (I, p. 149); Demolombe (V, 99, 399). *Voy.* Douai, 22 juillet 1856 (Dev., 57, II, 33); Colmar, 25 janv. 1859 (Dev., 59, II, 279). — La reconnaissance ne peut être faite valablement par un acte en brevet (Bourges, 6 juin 1860 : Dev., 61, II, 81; Dall., 61, II, 9); ni par testament olographe (Cass., 18 mars 1862 : Dev., 62, I, 622).

(2) *Voy.* Bordeaux, 23 nov. 1852; Douai, 3 déc. 1853; Aix, 14 juill. 1853 (Dev., 53, II, 245; 54, II, 193); Paris, 24 nov. 1860; Cass., 27 mai 1862 (Dev., 61, II, 7; 62, I, 566).

c'est-à-dire faire une reconnaissance, que pour lui seul, et l'indication qu'il ferait de la mère, sans l'aveu de celle-ci, serait insignifiante (art. 336). La preuve de filiation naturelle ne peut jamais résulter que d'un jugement ou d'une déclaration volontaire de l'auteur; un tiers ne peut donc faire une reconnaissance qu'au moyen d'une procuration spéciale du père ou de la mère au nom de qui il se présente.

II. — 59. Nous avons dit que la reconnaissance peut très-bien avoir lieu dès avant la naissance de l'enfant, et pendant la grossesse de la mère; rien, en effet, ne s'y oppose dans la loi (1). Rien ne s'oppose non plus à ce qu'elle soit faite, après la mort de cet enfant, au profit des descendants légitimes qu'il a laissés, conformément à ce que nous avons dit pour la légitimation, sous l'art. 332 (2).

335. — Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin.

SOMMAIRE.

I. La prohibition s'applique aussi aux enfants qui ne sont pas encore conçus.
II. Toute reconnaissance d'enfant adultérin ou incestueux est également nulle et ne produit aucun effet. Erreur de Merlin, Toullier, etc.
III. La filiation adultérine ou incestueuse peut cependant se trouver constatée.

I. — 60. Nous avons déjà fait remarquer que par cette phrase, enfants *nés* d'un commerce incestueux ou adultérin, la loi entend tous les enfants *issus, provenus* d'un inceste ou d'un adultère, sans aucune considération du point de savoir s'ils sont déjà nés, ou s'ils sont conçus seulement au moment qu'il s'agit de les reconnaître.

II. — 61. La règle de notre article paraît assurément bien simple, et l'on ne pourrait guère supposer au premier coup d'œil qu'elle soit susceptible de plusieurs sens. Cependant les auteurs et les tribunaux ne sont pas d'accord sur la manière dont elle doit être entendue.

Les uns, prenant notre article avec la signification qu'il présente tout naturellement, disent que toute reconnaissance des enfants dont il s'agit étant défendue, si une telle reconnaissance se trouvait avoir lieu en fait, elle serait légalement comme non avenue, elle n'existerait pas en droit, et par conséquent ne produirait aucun effet ni pour ni contre l'enfant. — D'autres, notamment Merlin et Toullier, transportant ici la distinction des empêchements en prohibitifs et dirimants, enseignent qu'à la vérité il y a empêchement à la reconnaissance des enfants adul-

---

(1) Rej., 16 déc. 1811; Paris, 1er fév. 1812; Metz, 19 août 1824; Grenoble, 13 janv. 1840 (Dev., 40, II, 215); Colmar, 25 janv. 1859 (Dev., 59, II, 279; Dall., 59, II, 61); *Dict. not.* (vo Reconnaissance d'enfant naturel, no 23).

(2) Duranton (III, 264); Loiseau (p. 344); Richefort (II, 263); Rieff (no 151); Demolombe (V, 416); *Dict. not.* (*eod. verb.*, no 25); Douai, 20 juill. 1852 (Dev., 52, II, 678; Dall., 52, II, 50); Caen, 24 mai 1858 (Dev., 58, II, 535). Mais jugé qu'on ne peut reconnaître un enfant après son décès, dans l'unique but de recueillir sa succession. Paris, 26 avr. 1852 (Dev., 52, II, 525; Dall., 53, II, 181). *Conf.* Pont (*Rev. crit.*, t. VI, p. 647).

térins ou incestueux, et que par conséquent, lorsqu'un officier public verra qu'une reconnaissance doit conduire à constater un adultère ou un inceste, il devra refuser de la recevoir; mais que pourtant, si, en fait, cette reconnaissance a eu lieu, elle devra produire ses effets. Ainsi, l'enfant pourrait très-bien invoquer cette reconnaissance pour exiger les aliments auxquels l'art. 762 lui donne droit; mais, réciproquement, si l'enfant ainsi reconnu avait reçu de son auteur adultérin ou incestueux une donation entre-vifs ou un legs, les héritiers de cet auteur pourraient aussi invoquer la reconnaissance pour faire annuler ce legs ou cette donation, et réduire l'enfant à de simples aliments, par application de l'art. 908. Pour motiver cette doctrine, on dit d'abord qu'elle est le seul moyen de donner effet à l'art. 762, puisque, si les enfants adultérins ou incestueux ne pouvaient pas être connus, il n'y aurait jamais lieu de leur attribuer les aliments auxquels cet art. 762 leur donne droit. On ajoute que cette théorie était aussi le seul moyen de punir l'adultère et l'inceste, en empêchant les auteurs adultérins ou incestueux de faire à leurs enfants aucune donation, aucun legs, si ce n'est pour de simples aliments (1). — Quelques-uns veulent scinder alors, ceux-ci dans un sens, ceux-là dans un autre, l'effet de la reconnaissance, en l'appliquant, les premiers contre l'enfant (pour déclarer nulles les libéralités à lui faites), mais non à son profit (pour lui attribuer des aliments), les seconds, au contraire, au profit de l'enfant, mais non pas contre lui (2).

Ces trois doctrines sont complétement arbitraires et erronées; elles sont une violation flagrante des textes et de la pensée du Code.

62. Le législateur, tout le monde en convient, a voulu punir l'inceste et l'adultère; or, pour arriver là, deux moyens tout différents s'offraient à lui : il pouvait frapper les auteurs et les enfants par le côté matériel et pécuniaire, ou les frapper par le côté moral. — Pour frapper par le côté matériel, il fallait d'abord dire, comme le dit en effet l'art. 762, que les fruits de l'adultère ou de l'inceste ne pourraient jamais arriver, par quelque moyen que ce soit, à posséder la fortune de leurs auteurs; puis, pour rendre cette règle efficace, il fallait autoriser absolument la reconnaissance légale de ces enfants, la faciliter, admettre tous les moyens propres à la faire saisir et notamment permettre, dans tous les cas, aux héritiers légitimes de prouver, de toutes manières possibles, la filiation adultérine ou incestueuse de l'individu qui vient, en se prétendant étranger au défunt, réclamer une donation ou un legs. — Pour frapper par le côté moral, la loi devait dire à l'auteur adultérin ou incestueux : « Ce fruit de ton crime ne sera jamais ton fils à mes yeux, je te défends de jamais lui donner ce nom. Dans le fait, et par une triste réalité, il se peut qu'il soit ton enfant; cette filiation coupable et honteuse, il se peut qu'elle soit vraie et connue de tes voisins et

(1-2) Merlin (*Rép.*, v° Filiat., n°s 20-22); Toullier (II, 967-969); Delvincourt (t. II); R. de Villargues (*Enf. nat.*, n° 250); Valette (II, p. 155-158); Rennes, 31 déc. 1834; Lyon, 25 mars 1835; Paris, 1835 (Dev., 35, II, 63 et 306). — Bedel (*Adult.*, n°s 70-72); Fouet de Conflans (art. 762, 4°); Bordeaux, 21 déc. 1835 (Dev., 37, II, 71).

amis; mais dans tout ce qui est de mon domaine, dans toutes les circonstances de la vie civile, tu n'en diras pas un mot, tu lui resteras complétement étranger. Tu ne me prouveras pas, tu ne lui diras pas, qu'il est ton enfant; lui ne me prouvera pas que tu es son père, et un tiers ne pourra jamais le prouver pour de mesquines questions d'argent. » — On voit que dans chacun de ces deux systèmes, comme dans toute chose humaine, il y avait le bon et le mauvais côté : en frappant pécuniairement, on appelait la divulgation de nombreux scandales; en frappant moralement, on assurait aux fruits du crime un moyen de palper la fortune. Eh bien, lequel de ces deux systèmes a embrassé le législateur?... Il a choisi le second, comme il devait le faire : les art. 335 et 342 le prouvent de reste, en prohibant, l'un, la reconnaissance volontaire, l'autre, la recherche judiciaire de la filiation adultérine ou incestueuse. Le législateur, disons-le à sa gloire, a rejeté ici les théories matérialistes, comme nous l'avons vu déjà les rejeter ailleurs, comme nous le verrons les rejeter encore plus loin. Le législateur a mis les intérêts moraux au-dessus des intérêts d'argent; il a cru plus important de jeter un voile sur de criminelles filiations, que de prohiber la transmission des biens; il a cru que la société punissait plus dignement, plus moralement, et même, quoi qu'on en dise, plus énergiquement aussi, en empêchant un père de donner légalement à son fils son nom, ses soins et ses caresses, qu'en l'empêchant de lui donner ses écus. « Cette reconnaissance, a dit M. Duveyrier devant le Corps législatif, sera *impossible* s'il faut l'appuyer sur l'inceste ou l'adultère. L'officier public *ne la recevra pas;* et si malgré lui l'acte contient le vice qui l'infecte, cette reconnaissance NULLE ne pourra profiter à l'enfant... Rendons grâces à cette innovation morale... » (Fenet, X, p. 242 et 243).

On objecte l'art. 762; on nous dit que si le législateur avait ainsi entendu prohiber toutes reconnaissances, soit volontaires, soit forcées, et ne donner aucun effet à celles qui se trouveraient réalisées, il n'aurait pas parlé d'exclure de la succession, pour le réduire à des aliments, l'enfant adultérin ou incestueux. Erreur; cet art. 762 s'explique parfaitement par cette prévision du législateur que, malgré sa prohibition, il se trouverait des cas dans lesquels la filiation adultérine ou incestueuse serait connue légalement par la force même des choses. C'est pour ces cas exceptionnels, dans lesquels la volonté du législateur ne pouvait plus rien, qu'il a été contraint d'abandonner son système de punition morale, pour prendre le système contraire de punition matérielle par la privation de l'argent. Aussi la jurisprudence constante de la Cour suprême est-elle d'accord sur cette question avec la majorité des auteurs et des arrêts des Cours d'appel (1).

III. — 63. Les cas dans lesquels la filiation incestueuse ou adulté-

(1) Maleville (art. 762); Chabot (*ibid.*, n° 3); Duranton (III, 195-209); Loiseau (p. 732); Dalloz (*Succ.*, ch. 4); Zachariæ (IV, p. 89); Poujol (art. 762, n° 3); Duvergier (sur Toull., *loc. cit.*); Demolombe (V, 581-587); Rej., 28 juin 1815; Rej., 11 nov. 1819; Rej., 3 mai 1820; Rej., 1er août 1827; Rej., 18 mars 1828; Rej., 8 fév. 1836;

rine se trouve connue légalement par la force même des choses se devinent par les explications données dans le chapitre IV *Du Mariage,* et dans notre titre.

Ainsi, quand un mariage célébré publiquement est annulé comme contracté au mépris de l'existence d'un premier lien, et que les deux époux sont reconnus être de mauvaise foi, force est bien d'accepter comme adultérins les enfants issus de cette coupable union. Si, dans le cas analogue, c'était pour parenté ou alliance que le mariage fût cassé, il faudrait bien reconnaître à ces enfants la qualité d'incestueux. Le cas d'enfants adultérins forcément connus se présente encore, 2° dans le cas d'un désaveu (art. 312, 313); et 3° dans le cas de contestation de légitimité (art. 325), quand l'enfant ayant prouvé qu'il a été conçu par telle femme pendant son mariage, ses adversaires prouvent qu'il n'est pas l'enfant du mari de cette femme. (On se rappelle qu'entre ce 2° et 3° il y a cette différence que dans le premier cas, pour le désaveu proprement dit, il faut, hormis le cas de séparation de corps, prouver ou l'impossibilité physique de cohabitation, ou l'impossibilité morale accompagnée de l'adultère de la mère et du recel de la naissance; tandis que, dans le second, on peut toujours prouver la non-paternité du mari par tous les moyens possibles.)

Au reste, il y a, entre le cas d'annulation de mariage et les deux cas de désaveu ou de contestation de légitimité, cette différence que, dans le premier, c'est vis-à-vis du père comme vis-à-vis de la mère que la filiation adultérine (ou incestueuse) est connue légalement, tandis que, dans les deux autres, elle ne l'est que vis-à-vis de la mère. Elle ne l'est que vis-à-vis de la mère, même dans le cas d'un désaveu fondé sur l'adultère de celle-ci; car, s'il est alors suffisamment justifié par la triple preuve de l'adultère, du recel et de l'impossibilité morale de cohabitation du mari, que l'enfant n'appartient pas à ce dernier, il ne l'est pas également qu'il appartienne à l'individu reconnu complice de l'adultère de la femme. Quand une femme a méconnu ses devoirs et entretenu des relations coupables avec tel individu, rien ne prouve qu'elle n'en ait pas entretenu avec d'autres : la présomption légale, *pater is est,* ne peut exister que pour le mari, pour celui *quem nuptiæ demonstrant;* du moment qu'elle s'évanouit pour lui, elle ne peut exister pour personne. S'il en était autrement, si des relations illicites entre un homme et une femme pouvaient conduire, aux yeux de la loi, à faire reconnaître cet homme comme père de l'enfant conçu au moment de ces relations, le Code aurait permis absolument de rechercher judiciairement le père d'un enfant naturel; or, il ne le permet que dans le cas d'enlèvement.

336. — La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père.

Cass. (de l'arrêt précité de Rennes, de 1834), 4 déc. 1837; Rej., 8 mars 1846; Rej., 19 avril 1847 (Dev., 36, I, 241; 38, I, 29; 47, I, 30 et 562); Bordeaux, 17 nov. 1859; Cass., 1er mai 1861; Limoges, 19 mars 1862 (Dev., 61, II, 1; 61, I, 486; 62, II, 255).

SOMMAIRE.

I. Toute reconnaissance est personnelle à celui qui la fait. Erreur adoptée par la jurisprudence.

II. Réfutation de cette erreur par les travaux préparatoires du Code.

I. — 64. La reconnaissance volontaire d'un enfant est un fait tout personnel à celui dont elle émane, et qui ne peut dès lors avoir d'effet que vis-à-vis de lui. Donc, la reconnaissance faite par celui qui se prétend le père, laquelle aura effet par rapport à lui tant qu'elle ne sera pas contestée (art. 339), ne pourrait être efficace par rapport à la mère que sous ces deux conditions : 1° qu'elle contiendrait l'indication de cette mère; 2° et que cette indication serait faite du consentement de celle-ci, c'est-à-dire en vertu d'un pouvoir donné par elle pour cet objet. C'est aussi là ce que dit notre article, qui déclare que la reconnaissance du père, quand elle ne contient pas une *indication* de la mère, faite sur l'*aveu* de celle-ci, n'a d'effet que pour le père. C'est-à-dire que l'article revient tout simplement à dire qu'une reconnaissance n'a jamais d'effet que pour celui qui l'a faite, soit par lui-même, soit par un fondé de pouvoir.

Ce sens si naturel et si logique de notre disposition n'est cependant pas accepté par la jurisprudence. Nos tribunaux, et comme eux la plupart des auteurs, décident que, pour qu'il y ait reconnaissance de la mère, il suffit que le père ait indiqué la mère dans l'acte, et que celle-ci ait avoué sa maternité, de quelque manière que ce soit et à quelque époque que ce soit (1). Ainsi, quand j'ai indiqué cette femme comme mère de l'enfant que je reconnais, il suffira que cette femme, plusieurs années après, ait traité cet enfant comme sien, par les soins qu'elle a pris de lui, pour qu'il y ait reconnaissance légale de cette femme. — Mais c'est là une erreur évidente et une violation flagrante de notre article. Quand la loi, pour lui donner effet vis-à-vis de la mère, demande, par *à contrario*, une reconnaissance *faite avec l'indication de la mère et son aveu,* il est bien clair qu'il s'agit d'un aveu précédant cette indication, d'un consentement en vertu duquel précisément cette indication a lieu. Dire que l'indication faite par le père sans mission de la mère (indication qui, par elle seule, on l'avoue, ne signifie rien) produit ensuite la reconnaissance quand il vient s'y joindre ce que la doctrine appelle *tractatus,* c'est-à-dire, ni plus ni moins, que la reconnaissance des enfants naturels s'établit par la possession d'état ; or, nous prouverons plus loin, sous l'art. 342, n° VI, que la filiation naturelle ne peut jamais s'établir par possession d'état.

---

(1) Cass., 26 avr. 1824; Paris, 15 déc. 1834; Rej., 5 mai 1836; Rej., 22 janv. 1839; Paris, 20 avr. 1839 (Dev., t. VII, 1, 443; 1835, I, 5; 1836, I, 274; 1839, I, 5, et II, 249); Grenoble, 12 déc. 1850; Cass., 7 janv. 1852; Bordeaux, 11 mars 1853; Paris, 21 nov. 1853 (Dev., 51, II, 391; 52, I, 12; 53, II, 322; 56, II, 719); Toullier (II, 927); Duranton (III, 245); Zachariæ (IV, p. 54); Richefort (II, 278); Taulier (I, 427); Duvergier (sur Toullier).

Il n'y aurait aucun doute assurément sur le sens de notre article, et l'interprétation vraiment étrange des tribunaux ne serait plus possible, si cet article était seulement conçu en ces termes : « Une reconnaissance d'enfant n'aura jamais d'effet qu'à l'égard de celui qui l'a faite. » Eh bien, c'est uniquement là ce que cet article signifie ; c'est uniquement là ce que le législateur a entendu dire en l'écrivant : en voici la preuve péremptoire.

II. — 65. On ne comprenait pas d'abord, au conseil d'État, qu'un homme pût reconnaître un enfant sans indiquer la femme de laquelle cet enfant était né, et on pensait qu'une reconnaissance faite par le père sans l'indication de la mère, ou même avec une indication non avouée par celle-ci, ne devait produire aucun effet, même pour le père. La première rédaction de notre article était donc celle-ci : « Toute reconnaissance du père seul, non avouée par la mère, sera de nul effet, tant à l'égard du père que de la mère. » (*Voy.* Fenet, t. IX, p. 72, 80, 81 et suiv.). Plus tard, on trouva que c'était trop exiger que de demander l'aveu de la mère pour donner effet à la reconnaissance vis-à-vis du père, et on arriva à dire que cette reconnaissance ne serait ainsi dénuée de tout effet que quand il y aurait, de la part de la mère, non pas absence d'aveu, mais un désaveu formel. En conséquence, l'article fut rédigé ainsi : « La reconnaissance du père, si elle est désavouée par la mère, sera de nul effet. » (*Ibid.,* p. 111.) Mais on critiqua encore cette rédaction ; on comprit enfin que, la reconnaissance étant un fait tout personnel à celui qui la consent, il était inutile de parler du point de savoir s'il y avait aveu ou désaveu de la mère, et l'article fut définitivement ramené à cette disposition plus simple et plus logique : « La reconnaissance d'un enfant naturel n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura reconnu. » (*Ibid.,* p. 115.) C'est dans ces termes que l'article *fut adopté* et communiqué au Tribunat, qui n'éleva *aucune critique* sur sa rédaction ; et si plus tard, au milieu de cette phrase équivalente : *La reconnaissance du père... n'a d'effet qu'à l'égard du père,* on a intercalé les mots : *sans l'indication et l'aveu de la mère,* ce n'est certainement pas pour en changer ou modifier le sens ; c'est pour mieux faire comprendre que, même avec l'indication de la mère, mais sans son aveu positif et légalement constaté, la reconnaissance n'a aucun effet vis-à-vis de cette mère.

Nous le répétons, l'article a été adopté en ces termes : « La reconnaissance d'un enfant n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura reconnu. » Or, on ne reconnaît que par la déclaration que l'on fait soi-même ou par un mandataire spécial.

Si, d'ailleurs, le législateur avait entendu consacrer, par une idée qui résulterait de notre article par argument *à contrario,* le droit pour le mari de faire une déclaration de maternité devant produire son effet sous la condition d'un aveu postérieur et tacite de maternité de la part de la femme ; si telle avait été la pensée du Code, il aurait donné la même mission aux médecins, sages-femmes et autres personnes ayant assisté à l'accouchement. Celles-ci, en effet, ont mission pour déclarer

la naissance (art. 56), et nul mieux qu'elles ne peut connaître avec certitude la femme à qui l'enfant appartient. Or, on n'a jamais osé prétendre qu'il en fût ainsi (1). Et, en effet, le système que nous rejetons ici aurait pour résultat de créer un troisième mode de reconnaissance au lieu des deux modes admis pas la loi. Une reconnaissance volontairement faite par acte authentique, ou une recherche judiciaire, voilà les deux moyens permis. Or, si je puis me dire légalement connu pour fils naturel de la femme qui vient de mourir, parce que mon père l'a indiquée dans mon acte de naissance, ou même dans tout autre acte authentique, et qu'ensuite cette femme m'a élevé comme son enfant, alors c'est pas un troisième mode que je suis connu, car aucune déclaration judiciaire n'est intervenue, et, d'un autre côté, il n'y a pas eu reconnaissance volontaire et authentique de la mère, puisque la femme peut bien être morte avant même d'avoir su qu'elle était indiquée comme mère dans un acte dressé, peut-être, chez un notaire éloigné de sa résidence. Aussi, lisez l'*Exposé des motifs,* il nous apprend que le seul but de l'article a été de décider « que celui qui se reconnaissait pour père ne pourrait point donner des droits contre la femme qu'il indiquerait. » (Fenet, X, p. 157.)

Le sens de notre article ne peut donc pas être douteux, et si les tribunaux continuent de lui donner l'interprétation que nous combattons, on pourra dire qu'ils ont manqué à leur premier devoir *en refaisant la loi,* au lieu de l'appliquer (2).

337. — La reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage.

Néanmoins elle produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants.

SOMMAIRE.

I. En principe, la reconnaissance d'un enfant naturel simple est possible en toutes circonstances. — Notre article pose une exception à ce principe, en enlevant à la reconnaissance, pour un cas, une partie de ses effets.

II. La reconnaissance dont parle l'article ne peut pas plus nuire au conjoint qu'aux enfants du mariage. Le deuxième alinéa est incomplet.

III. Il ne s'agit que des droits que le conjoint a comme conjoint. Erreur de M. Duranton.

IV. Il ne s'agit que de la reconnaissance faite pendant le mariage. Erreur de Delvincourt. — Motif de l'article. Erreur de Delvincourt, Toullier et M. Duranton.

V. Quand l'enfant est une fois reconnu dans le mariage, une nouvelle reconnaissance n'est pas possible après la dissolution. Sens du mot *néanmoins.*

---

(1) Comp. Cass., 13 avr. 1864 (Dev., 64, I, 209; Dall., 64, I, 249). *Voy.* cependant Alger, 26 mars 1860 (Dev., 64, II, 505).

(2) *Conf.* Valette (II, p. 142); Demolombe (V, 383); consultation de MM. Dupin, Sebire, Odilon-Barrot, Parquin, de Vatimesnil, etc. (Dev., 35, II, p. 6-8); Massé et Vergé (I, § 167, note 3, p. 318).

VI. L'exception ne tombe pas sur l'enfant appartenant aux deux époux. Conséquences. Distinction entre le mari et la femme.

VII. La reconnaissance forcée ne produit pas plus d'effet que la reconnaissance volontaire. Erreur de Toullier, M. Duranton, M. Zachariæ et M. Valette.

I. — 66. La faculté de reconnaître comme étant à nous l'enfant naturel qui nous appartient, pourvu qu'il ne soit ni adultérin ni incestueux, et de lui attribuer ainsi les droits légaux résultant de sa filiation, est pour chacun un droit qu'il peut exercer, ou plutôt un devoir qu'il doit remplir, à quelque époque et dans quelques circonstances que ce soit. Ainsi, un mineur, sans autorisation de son tuteur, une femme mariée, sans autorisation de son mari, peuvent en principe donner à leur enfant naturel une reconnaissance qui produira les mêmes effets que celle faite par une personne majeure et maîtresse de ses droits. Ceci résulte de ce que la reconnaissance est un acte purement moral, dont les conséquences directes sont purement morales aussi, et qui n'engendre des effets pécuniaires que par contre-coup et accessoirement.

Notre article cependant apporte une modification à ce principe, en enlevant, dans un cas spécial, non pas le droit de reconnaître, mais quelques-uns des effets que la reconnaissance doit produire, quelques-unes des conséquences relatives aux droits pécuniaires.

La connaissance légalement acquise de sa filiation attribue à l'enfant naturel deux classes de droits : des droits moraux et des droits d'argent. Sous le rapport moral, l'enfant naturel, par la reconnaissance volontaire ou forcée qui intervient, acquiert le droit de porter le nom de celui de ses auteurs qui se trouve connu (s'ils sont connus tous deux, il prend le nom de son père); il se trouve placé sous la protection légale de ses auteurs, soit quant à son mariage, soit pour tout autre objet (art. 158 et 383). Quant aux biens, il acquiert sur la succession de ses père et mère un droit plus ou moins étendu, selon la qualité des héritiers légitimes avec lesquels il concourt (art. 756 et suiv.). C'est pour cette dernière classe de droits, pour les effets pécuniaires de la reconnaissance, que notre article apporte une exception aux principes. Il déclare que, quand l'enfant naturel qu'un individu aujourd'hui marié a eu avant son mariage, d'un autre que son conjoint, est reconnu par cet individu pendant ce mariage, la reconnaissance ne pourra nuire en rien aux droits résultant du mariage pour le conjoint et pour les enfants légitimes. (On ne parle que de l'enfant conçu avant le mariage ; car celui qui serait conçu pendant le cours du mariage serait adultérin, et, par conséquent, sa reconnaissance serait légalement impossible, et resterait non avenue si elle avait lieu en fait.)

II. — 67. Cette disposition étant une exception, il faudrait bien se garder d'en étendre la portée, comme aussi de l'appliquer à d'autres cas que celui pour lequel elle est faite. Ainsi, l'enfant naturel qui est reconnu dans les circonstances dont il s'agit sera privé de tous les droits qui nuiraient au conjoint ou aux enfants nés du mariage; mais il ne sera privé que de ceux-là.

Et d'abord, il sera privé de tous les droits qui nuiraient au conjoint ou aux enfants du mariage. Ainsi, quand il n'existerait à la mort de l'époux qui a reconnu qu'un seul des enfants nés du mariage, l'enfant naturel ne pourrait réclamer aucune fraction de la succession de son auteur; car, s'il en prenait une fraction, il nuirait par là à l'enfant légitime. Ce n'est qu'autant qu'il ne resterait aucun enfant qu'il pourrait exercer son droit de successibilité : c'est ce que dit positivement le 2e alinéa de notre article, qui déclare que, s'il ne reste pas d'enfants du mariage, la reconnaissance produira son *effet,* c'est-à-dire son effet ordinaire, son effet plein et entier.

Encore cet alinéa se trouve-t-il incomplet dans la condition qu'il exige; il ne suffira pas toujours qu'il ne reste aucun enfant du mariage pour que l'enfant naturel reconnu dans ces circonstances puisse exercer son droit de successibilité. Si le conjoint de l'époux qui a reconnu avait à exercer des droits sur la succession du défunt, la présence de l'enfant naturel ne pourrait ni anéantir ni diminuer ces droits, puisque sa reconnaissance ne peut avoir aucun effet qui nuise à ce conjoint. Ainsi, si le contrat de mariage disait qu'en cas de mort d'un des époux sans enfants du mariage, le survivant sera propriétaire de tout ce que laissera le prédécédé, l'enfant naturel ne pourrait prétendre à rien. Il en serait de même si, le défunt ne laissant aucun héritier légitime, le conjoint trouvait par là, dans sa qualité, le titre de successeur universel de son époux (art. 767). Si le contrat de mariage, au lieu d'attribuer au conjoint la totalité des biens du prédécédé, lui faisait donation d'une quotité plus ou moins considérable, ou d'une somme déterminée, cette donation, évidemment, s'exécuterait aussi en entier, sans que l'enfant naturel pût jamais la faire réduire. Dans tous ces cas, comme l'enfant naturel ne pourrait exercer les droits qui découlent ordinairement d'une reconnaissance qu'en nuisant aux droits que le conjoint a en cette qualité de conjoint, ces droits de l'enfant n'existeront pas. — Le second alinéa de notre article devait donc dire que la reconnaissance ne produirait son effet, après la dissolution du mariage, qu'autant 1° qu'il ne resterait pas d'enfant du mariage, et 2° que cet effet pourrait se réaliser sans anéantir ou diminuer les droits du conjoint. En vain on aurait l'idée d'argumenter de ce 2e alinéa pour combattre le premier : il est clair que c'est ce premier alinéa qui contient la règle dont le second ne fait qu'indiquer un développement; or, cette règle, c'est que la reconnaissance ne peut nuire *ni au conjoint* ni aux enfants... Si le législateur, en formulant le résultat, inutile d'ailleurs à exprimer, de la disposition qu'il venait de porter, s'est plus préoccupé des enfants du mariage que du conjoint, c'est qu'un débat avec ce conjoint se présentera beaucoup moins souvent qu'avec les enfants. En effet, ce sera souvent par la mort même de ce conjoint que se dissoudra le mariage, et alors il n'y aura plus de débat possible; dans le cas même où il survivra, ce conjoint n'aura pas souvent à réclamer sur les biens du prédécédé des droits assez considérables pour que la reconnaissance de l'enfant naturel puisse lui nuire. Dans le cas d'enfants,

au contraire, toutes les fois qu'il en existera un seul, l'enfant naturel n'aura droit à rien.

68. Au reste, quand nous disons, avec la loi, que la reconnaissance, faite pendant le mariage par un des époux, de l'enfant naturel qu'il a eu d'un autre que son conjoint, ne peut nuire *en rien* aux droits du conjoint ni aux droits des enfants du mariage, ceci ne doit pas s'entendre absolument. En effet, l'enfant naturel ainsi reconnu aura toujours droit à des aliments, ce qui nuira quelque peu aux droits du conjoint et des enfants légitimes. Le droit aux aliments n'est pas considéré comme un droit pécuniaire, ce n'est pas un droit de successibilité : quoique les enfants adultérins ou incestueux n'aient aucun droit à la succession, ils ont ce droit aux aliments ; à plus forte raison appartiendra-t-il à l'enfant dont parle notre article.

III. — 69. Mais c'est seulement aux droits qui appartiennent au conjoint par sa qualité de conjoint, que la reconnaissance de l'enfant naturel ne peut nuire. Ainsi, si c'était par un testament ou par une donation faite en dehors du contrat de mariage et depuis la célébration que l'époux eût attribué au conjoint la totalité de ses biens, à défaut d'héritiers à réserve, l'enfant naturel ne serait pas obligé de respecter cette disposition, quoiqu'elle eût été écrite avant sa reconnaissance; il pourrait la faire réduire pour prendre sa réserve, absolument comme le pourrait un enfant naturel reconnu avant le mariage. Alors, en effet, il s'agit de droits que le conjoint réclame, non pas comme conjoint, mais comme donataire ou légataire. Or, notre article ne dit pas que la reconnaissance ne pourra nuire aux donataires ou légataires ; il dit seulement qu'elle ne pourra nuire aux droits du conjoint, c'est-à-dire aux droits qui découlent de cette qualité même, soit d'après les dispositions de la loi, soit d'après les clauses arrêtées dans le contrat de mariage, comme condition de ce mariage. La décision contraire de M. Duranton (III, n° 253) nous paraît donc une erreur évidente. Elle est d'autant moins douteuse que, les donations entre époux et les legs étant toujours révocables au gré du disposant (art. 895 et 1096), le législateur n'a pas même pu avoir la pensée de dire que l'époux qui les a faits n'y pourra pas nuire en reconnaissant un enfant naturel. Une pareille disposition n'aurait pas eu de sens, puisque cet époux aurait toujours pu, en faisant la reconnaissance, déchirer la donation ou le testament (1).

A plus forte raison la reconnaissance produira-t-elle ses effets ordinaires pour ce qui est des rapports purement moraux. Ainsi, l'enfant naturel pourra porter le nom de l'époux qui l'a reconnu ; il se trouvera sous sa puissance; et si cet époux, devenu veuf, épousait ensuite le second auteur de l'enfant, cet enfant serait légitimé : il serait donc bien inexact de dire, comme l'ont fait des auteurs, que cette reconnaissance ne produit *aucun effet*.

---

(1) *Conf.* Zachariæ (IV, p. 63); Demolombe (V, 476); Aubry et Rau (IV, § 568 *quater*, note 7); Caen, 24 vent. an 12.

IV. — 70. Maintenant, il faut bien remarquer que la règle exceptionnelle de notre article n'est portée que pour le cas où la reconnaissance est faite 1° pendant le mariage, et 2° pour un enfant que l'époux a eu d'un autre que son conjoint.

Et d'abord, il ne s'agit que de la reconnaissance *faite pendant le mariage*. Si donc c'était après qu'il est devenu veuf que l'époux reconnût l'enfant qu'il a eu avant son mariage, la reconnaissance aurait son plein effet, alors même qu'il existerait des enfants issus du mariage et auxquels cette reconnaissance nuirait. Et comment, en effet, l'époux veuf serait-il dans l'impossibilité de reconnaître cet enfant, puisqu'il pourrait, personne ne le conteste, le légitimer par un second mariage, ce qui nuirait bien davantage aux enfants de la première union?... Ce qui lève d'ailleurs tout doute à cet égard, c'est qu'une disposition écrite d'abord pour consacrer l'idée opposée (art. 31 du projet) a été rejetée lors de la discussion au conseil d'État. L'opinion contraire, professée par Delvincourt, et rejetée par Toullier et M. Duranton, est donc une erreur.

Cette erreur vient d'une idée qui se présente en effet tout naturellement, mais qui est inexacte pourtant, et dont il faut se débarrasser si l'on veut ne pas trouver contradictoire la théorie du Code.

Delvincourt fonde sa décision sur cette pensée, que c'est tout autant en considération des enfants du mariage et en vue directe de leur intérêt que par la considération du conjoint lui-même, que la règle de notre article a été posée. Toullier et M. Duranton, qui pourtant rejettent la conclusion de Delvincourt, admettent aussi ce principe. C'est ainsi que le dernier de ces auteurs, en expliquant que la reconnaissance produit tous ses effets quand il s'agit d'un enfant appartenant aux deux époux, en donne pour raison que les enfants du mariage *ne peuvent pas plus se plaindre alors que si les père et mère avaient reconnu cet enfant avant le mariage!...* (III, 248.) Mais si cette raison de M. Duranton était exacte, elle irait, ni plus ni moins, jusqu'à détruire complétement la règle de notre article; car lorsqu'un seul des époux reconnaît l'enfant né avant son mariage, on pourrait dire de la même manière que *les enfants du mariage ne peuvent pas plus se plaindre que si cet époux avait reconnu l'enfant avant son mariage...* Si donc le point de départ que prend Delvincourt était exact, s'il était vrai que c'est autant par la considération des enfants légitimes que par la considération du conjoint que la loi modifie l'effet de la reconnaissance faite pendant le mariage, on ne devrait pas, comme M. Duranton (qui se montre ici inconséquent avec son principe), admettre notre doctrine; il faudrait adopter celle de Delvincourt et aller plus loin que lui encore. Il faudrait dire que dès là qu'il y aura des enfants légitimes, la reconnaissance des bâtards nés avant le mariage ne sera possible, avec effet complet, ni par l'un des époux, soit pendant, soit après le mariage, ni même *par les deux époux* pendant le mariage, pour leur enfant commun; il faudrait dire encore que l'époux qui avait eu, d'un autre que son conjoint, un enfant naturel, non reconnu lors de la mort de ce con-

joint, ne pourrait pas le légitimer ensuite en se mariant en secondes noces avec l'autre auteur de cet enfant. Dans tous ces cas, en effet, la reconnaissance ou la légitimation nuirait à l'intérêt des enfants légitimes. Ainsi, la reconnaissance ne serait jamais efficace, dans ce système, que quand elle aurait eu lieu avant le mariage, parce qu'alors il y aurait eu droit acquis pour l'enfant naturel dès avant la célébration de l'union.

La fausseté des résultats prouve la fausseté du point de départ.

Non, ce n'est point pour l'intérêt des enfants du mariage que la reconnaissance de l'enfant que j'ai eu d'une autre que ma femme ne peut pas avoir lieu, avec plein effet, pendant mon mariage; car cet intérêt aurait fait modifier également la reconnaissance de l'enfant que j'ai eu de celle-là même qui est aujourd'hui ma femme; or, Delvincourt lui-même est bien forcé d'accorder que cette reconnaissance produira tout son effet. Delvincourt dit que la raison de cette différence est que, « dans ce dernier cas, l'autre époux connaissait l'existence de l'enfant, et que dès lors il ne peut pas dire qu'on l'a trompé. » Mais qu'importerait que l'autre époux eût été trompé ou non, si c'était *l'intérêt des enfants du mariage* qui fût le motif de notre article?... Le seul motif qui révèle l'ensemble des dispositions de la loi, c'est le trouble, la désunion que jetterait entre les époux la reconnaissance dont il s'agit, si on lui laissait produire ses effets ordinaires. N'est-il pas évident que le conjoint ne verrait pas d'un œil indifférent anéantir ses droits ou seulement ceux de ses enfants par la reconnaissance d'un enfant qui est étranger?... C'est parce que la mésintelligence des époux serait ici le résultat inévitable des principes ordinaires, que la loi les modifie pour ce cas; c'est pour cela qu'elle déclare que cette reconnaissance ne produira pas ses effets pécuniaires, qu'*elle ne nuira ni au conjoint ni aux enfants légitimes*. C'est parce que cette mésintelligence n'est plus à craindre quand l'enfant reconnu est en même temps celui du conjoint, que l'article parle seulement de l'enfant que l'époux *aurait eu d'un autre* que ce conjoint; et c'est enfin parce que cette mésintelligence n'est plus à craindre quand le conjoint est mort, qu'il parle seulement de la reconnaissance faite *pendant le mariage*.

Cette doctrine nous paraît aussi logique qu'elle est claire, et nous nous étonnons de voir un auteur aussi judicieux que Delvincourt la combattre par un raisonnement aussi faux que celui-ci : « Si, dit-il, le but unique du législateur avait été d'empêcher que la paix du ménage ne fût troublée, il aurait annulé la reconnaissance dans l'intérêt *du conjoint seulement,* ou plutôt il aurait absolument défendu *toute reconnaissance* pendant le mariage. » L'inexactitude de ces deux idées se touche du doigt. Le premier moyen n'aurait pas atteint le but; car le conjoint contre lequel la reconnaissance n'aurait pas eu d'effet se serait indigné de l'effet qu'elle conservait contre ses enfants. Le second aurait dépassé ce but et serait devenu inutilement barbare contre l'enfant naturel; car pourquoi cet enfant, dont le père est atteint pendant son mariage d'une maladie dangereuse, serait-il privé de lui demander

et de recevoir de lui, pour tout héritage, le nom qu'il doit porter? Assurément, c'était donner au conjoint une satisfaction bien complète, que de dire que la reconnaissance ne pourrait nuire ni à ses droits, ni à ceux de ses enfants! Aller plus loin, c'eût été cruel et immoral (1).

V. — 71. Ces principes font naître une question dont il nous faut parler ici. L'époux qui, pendant le mariage, a fait une reconnaissance qui ne peut pas produire les effets pécuniaires, ne pourrait-il pas, quand il se voit veuf, faire pour le même enfant une reconnaissance nouvelle qui produirait tous ses effets?... Nous ne le pensons pas. Lorsque, pendant le mariage, l'époux a eu la pensée de reconnaître volontairement son enfant, ou que celui-ci s'est déterminé à diriger contre son auteur une recherche judiciaire de filiation, ils ont dû calculer et accepter les conséquences de la circonstance où ils se trouvaient; ils ont eu le choix entre un retard qui leur permettait d'espérer une reconnaissance pleinement efficace, mais qui les exposait à voir s'évanouir toute possibilité de reconnaissance, ou une réalisation actuelle qui les réduisait à une reconnaissance, certaine à la vérité, mais incomplète. Cette moindre efficacité des reconnaissances faites dans le mariage est un moyen, précieux aux yeux du législateur, de les rendre moins fréquentes; et il n'existe, en effet, aucun texte qui fasse soupçonner la possibilité, pour un même enfant, de plusieurs reconnaissances successives et produisant des effets différents. Donc, la reconnaissance régulièrement faite restera stable, et les droits de l'enfant seront irrévocablement déterminés par les circonstances dans lesquelles elle a eu lieu.

Le texte même de notre article prouve cette pensée chez le législateur; car il contient un mot digne de remarque qui, sans cela, serait un contre-sens. En effet, c'est parce que le législateur a entendu que la reconnaissance faite pendant le mariage ne pourrait pas être modifiée postérieurement et ne produirait jamais que les effets primitivement permis, et parce que dès lors on aurait pu regarder comme une conséquence (bien rigoureuse, il est vrai) de ce principe le maintien de la privation des effets pécuniaires dans le cas même où les enfants issus du mariage viendraient à prédécéder, c'est pour cela que l'idée contraire, et bien naturelle assurément, que le prédécès de ces enfants laissera la reconnaissance produire ses effets ordinaires, a paru au législateur une espèce d'exception apportée au principe, et qu'il a commencé l'alinéa qui l'indique par la conjonction restrictive *néanmoins*. Sans cette pensée des rédacteurs, le mot *néanmoins* n'aurait pas de sens. M. Demolombe (V, 462) adopte pleinement notre sentiment à cet égard.

---

(1) Proudhon (I, p. 147); Toullier (II, 939); Duranton (III, 254); Zachariæ (IV, p. 65); Demolombe (V, 461); Massé et Vergé (I, § 167); Rej., 6 janv. 1808; Paris, 17 juill. 1841 (*J. Pal.*, t. II, 1841, p. 187); Paris, 23 janv. 1860 (Dev., 60, II, 118). *Contrà :* Lyon, 17 mars 1863 (Dev., 63, II, 205); Pau, 28 juin 1864; Metz, 10 août 1864 (Dev., 64, II, 246).

VI. — 72. Enfin, c'est seulement de la reconnaissance de l'enfant que l'époux a eu *d'un autre que son conjoint* que notre article s'occupe. Si donc il s'agissait d'un enfant appartenant aux deux époux, la reconnaissance, quoique faite pendant le mariage, produirait son plein et entier effet : alors, en effet, il n'y a pas lieu de craindre que la reconnaissance indispose le conjoint.

Mais comment saura-t-on si l'enfant qu'un époux reconnaît appartient aussi à son conjoint?... Quand les deux époux le reconnaîtront en même temps, ou quand cet enfant, déjà reconnu par l'un d'eux avant le mariage, le sera par l'autre pendant ce mariage, il n'y aura pas de doute; l'enfant pourra dans les deux cas réclamer le plein effet de la reconnaissance vis-à-vis de chacun de ses deux auteurs. Il en sera de même encore quand l'enfant sera reconnu, d'abord pendant le mariage, par un seul des époux, et que plus tard, soit pendant, soit après ce mariage, l'autre époux le reconnaîtra à son tour : la première reconnaissance, qui avait paru d'abord devoir rester incomplète, produira définitivement tous ses effets, parce qu'il se trouvera prouvé postérieurement que l'enfant, quoiqu'on ne le sût pas d'abord, appartenait réellement aux deux époux.

Il suit de là que, quand c'est le père qui reconnaît volontairement son enfant pendant son mariage avec la mère, et que celle-ci ne veut pas le reconnaître, l'enfant a toujours la possibilité de faire produire à cette reconnaissance paternelle son plein effet, en exerçant ensuite une recherche judiciaire de maternité. S'il réussit dans son action, le jugement qu'il obtiendra, en même temps qu'il aura pour effet direct de lui assurer les droits d'enfant naturel vis-à-vis de sa mère, aura pour effet immédiat de les lui assurer aussi par rapport à son père, dont la reconnaissance serait restée incomplète sans cette déclaration de maternité. On conçoit qu'il en serait autrement si c'était par la mère que l'enfant fût reconnu, et que son père, époux de la mère, refusât de le reconnaître aussi : la recherche de la paternité étant interdite, l'enfant ne pourrait pas arriver à se faire connaître par rapport à ce père ; et comme il se trouverait aussi dans l'impossibilité de prouver qu'il appartient aux deux époux, la reconnaissance de la femme, sa mère, resterait privée de ses effets pécuniaires, relativement au mari et aux enfants du mariage.

En un mot, toutes les fois qu'une reconnaissance volontaire ou forcée, acquise pendant le mariage relativement à l'un des époux, se trouve précédée, accompagnée ou suivie, à quelque moment que ce soit, d'une reconnaissance constatant que l'autre époux est le second auteur de l'enfant, chacune des deux reconnaissances produit son plein effet, quoique l'une d'elles ou même toutes deux aient eu lieu pendant le mariage.

VII. — 73. Des auteurs enseignent que notre article ne s'applique pas au cas de reconnaissance forcée; et ils veulent que la déclaration judiciaire, soit de paternité, dans les cas où elle est possible, soit de

maternité, produise tous les effets ordinaires, alors même qu'elle a lieu pendant le mariage, au profit d'un enfant qui n'est pas reconnu appartenir à l'autre époux (1). Mais c'est là une erreur : la reconnaissance forcée ne saurait avoir des effets plus étendus qu'une reconnaissance volontaire.

M. Duranton nous dit que, dans le cas de jugement, la reconnaissance est censée avoir eu lieu le jour même de la naissance, parce que, dès ce jour-là, l'enfant avait un droit que le jugement vient reconnaître et déclarer! Mais, en vérité, est-ce que l'enfant que sa mère reconnaît bénévolement n'avait pas identiquement le même droit?... Le jugement, dit le savant professeur, n'est pas *attributif* du droit, mais seulement *déclaratif;* donc, il doit avoir un effet rétroactif au jour où le droit a commencé! Faut-il répondre à ceci, et dire que la reconnaissance volontaire n'est pas plus attributive que le jugement?... Sans doute, quand un jugement me dit fils d'Élisabeth, ce n'est pas ce jugement qui *me fait* fils de cette femme; il proclame seulement que je le suis et que je l'ai toujours été. Mais est-ce donc que la reconnaissance volontaire peut avoir un autre effet?... Est-ce que c'est la reconnaissance d'Élisabeth qui me fait devenir son enfant? Est-ce que je ne l'étais pas auparavant? Est-ce que cette reconnaissance (et son nom, ce semble, le dit assez) n'a pas pour unique objet de constater, de *reconnaître* la qualité que j'ai toujours eue?... Quand je n'arrive à connaître ma mère qu'à l'âge de vingt-cinq ans, que ce soit par un jugement ou par une reconnaissance volontaire, peu importe, je suis assurément le fils de ma mère depuis ma naissance.

M. Duranton insiste sur l'idée que nous combattons. « La preuve, dit-il, que le jugement ne peut pas être assimilé à une reconnaissance qui serait faite au moment où il est rendu, c'est qu'il peut être prononcé après la mort de la femme!... » Assurément, il y a là une différence entre les deux cas; mais ce n'est certes pas celle que le savant professeur prétend exister. Cette différence consiste en ceci, qu'un mort ne peut plus *reconnaître* mon droit, tandis que je puis toujours, moi, *prouver* mon droit contre les représentants d'un mort. Mais ce droit, nous le répétons, il préexistait dans un cas comme dans l'autre; et dans les deux cas, dès lors, il y a, non pas *attribution,* mais *déclaration* et *reconnaissance* de ce droit.

Dira-t-on ensuite, comme le fait aussi M. Duranton dans un autre passage (n° 188, *in fine*), que le jugement est plus favorable que la reconnaissance, parce qu'il ne laisse aucune fraude à craindre? Mais ce serait bouleverser tous les principes du droit que d'accepter un pareil argument. La fraude ne se présume jamais; quand une reconnaissance volontaire est faite, elle est vraie jusqu'à la preuve contraire, laquelle est ouverte par l'art. 339 à tous ceux qui ont intérêt à contester cette

(1) Toullier (II, 958); Duranton (III, 255); Zachariæ (IV, p. 65); Valette (sur Proudhon, II, p. 146); Delsol (*Code Nap. expliqué,* t. I, p. 253).

reconnaissance. La reconnaissance existera donc jusqu'à ce que vous en prouviez la fraude ou l'erreur, comme le jugement existe jusqu'à ce que vous le fassiez disparaître par l'appel ou la cassation : telle est la théorie juridique, et c'est déplacer la question que de jeter des idées de fraude au milieu de ce débat.

Toullier et M. Duranton objectent encore que notre doctrine rendrait illusoire la recherche de la maternité en la dépouillant ainsi de tout effet. Eh! mon Dieu, non; c'est tout simplement lui donner les mêmes effets qu'à la reconnaissance formelle et volontaire par acte authentique, effets qui sont encore fort importants. Et pourquoi ne renversez-vous pas notre article lui-même, en disant aussi qu'il rend illusoire le droit pour l'enfant d'être reconnu par ses parents?... Le dernier de ces auteurs va jusqu'à dire que notre système crée contre l'action en recherche de la filiation une prescription arbitraire, tandis que cette action est nécessairement imprescriptible. Mais ce ne sont là que des mots : non, l'action n'est pas prescrite par le mariage, puisque, d'une part, elle aurait son effet plein et ordinaire après la dissolution de ce mariage, et que, même pendant le mariage, l'enfant peut toujours l'intenter et obtenir jugement. Seulement, les effets de ce jugement sont modifiés comme le sont ceux de la reconnaissance proprement dite, laquelle, sans doute, est imprescriptible aussi ; ils sont, comme eux, réduits aux rapports moraux et aux aliments.

M. Duranton, enfin, cherche à appuyer sa discussion de l'autorité d'un arrêt de Paris (27 juin 1812) qu'il dit avoir consacré le *principe* que la déclaration judiciaire de maternité, même intervenue pendant le mariage, produit son plein et entier effet, *sans que notre art. 337 puisse y faire obstacle*. Or, cet arrêt ne dit pas *un seul mot* de ceci et n'a *aucun rapport* avec notre art. 337. Il s'agissait de l'enfant naturel d'une fille Bourgeois QUI NE S'ÉTAIT JAMAIS MARIÉE, lequel venait, après la mort de celle-ci, réclamer, comme concourant avec *deux cousins*, les trois quarts de la succession. L'arrêt a déclaré la maternité et a jugé, avec raison, que la déclaration judiciaire produit *les mêmes effets* que la reconnaissance volontaire (*voy.* Sir., t. XII, 2418; *J. du Pal.*, 3e édit., t. X, p. 519). Comment donc M. Duranton a-t-il pu écrire (n° 180, *en note*) que cet arrêt avait admis la recherche de maternité et le droit de succession *malgré le mariage* de la mère et *quoiqu'il en existât des enfants?* — Toullier cite également un arrêt (Rennes, 22 mars 1810) qu'il prétend avoir décidé la question dans le sens que nous combattons; or, cet arrêt décide seulement, comme nous l'avons décidé nous-même, que la reconnaissance, volontaire ou forcée, acquise contre l'un des époux pendant le mariage, donne droit aux aliments ; et quant à la question qui nous occupe, il déclare, au contraire, en termes formels, qu'*il n'a pas à l'examiner*... (*J. du Pal.*, t. VIII, p. 198). Au reste, l'arrêt que ces deux auteurs avaient tant à cœur de trouver, il existe enfin : il a été rendu depuis la publication de leurs ouvrages, par la Cour de Rouen, le 20 mai 1829 (*J. du Pal.*, t. XXII, p. 1041). Cet arrêt, dû à l'autorité du savant professeur de l'école de

Paris, ne faisant que reproduire les raisons par lui développées, nous n'avons pas à le combattre de nouveau (1).

74. Maintenant, les vraies raisons de décider sont : 1° que les motifs de notre article sont les mêmes dans un cas que dans l'autre; et 2° que c'est bouleverser toute l'économie de la loi que de donner, dans quelque circonstance que ce soit, plus d'effet à une reconnaissance forcée qu'à une reconnaissance volontaire.

1° Les motifs de la loi sont les mêmes : car il importe fort peu au conjoint que ce soit une reconnaissance volontaire ou un jugement qui vienne briser ses droits et ceux de ses enfants, et dès lors les troubles du ménage sont tout aussi à craindre.

2° D'un autre côté, la reconnaissance volontaire est la grande, la principale preuve de la filiation naturelle, comme l'est l'acte de naissance pour la filiation légitime ; la recherche judiciaire n'est qu'un moyen subsidiaire et exceptionnel, comme la possession d'état et la preuve par témoins dans la filiation légitime. Or, comment le moyen subsidiaire serait-il plus fort que le moyen principal, l'exception plus efficace que la règle ?... N'avons-nous pas vu la loi (art. 325) donner moins d'effet à la preuve de paternité faite par témoins sur commencement de preuve par écrit qu'à celle résultant de l'acte de naissance ? M. Duranton aurait cependant pu dire, là aussi, qu'au moyen d'un jugement, la fraude est moins à craindre que dans la simple déclaration de naissance... Mais ne voit-on pas que cette observation, quel qu'en soit le mérite, va en sens contraire de la loi ? Elle tendrait à faire de la discussion judiciaire le moyen principal de preuve, et à faire descendre au second rang l'acte de naissance ou l'acte de reconnaissance. Or, c'est le système opposé que la loi adopte, et avec raison ; c'est le titre de naissance dans un cas, de reconnaissance dans l'autre, qui sont les modes les plus complets, les plus favorables d'établir la filiation, soit légitime, soit naturelle. Fidèle au principe de droit que la fraude ne peut pas se présumer et se prendre *à priori* pour point de départ d'une théorie, la loi, après avoir donné, dans la filiation légitime, moins d'effet à la paternité prouvée judiciairement qu'à celle établie par l'acte de naissance, donne ici également moins d'effet à la recherche de la filiation qu'à l'aveu personnel constaté par l'acte authentique de reconnaissance. En effet, la reconnaissance volontaire, moyen principal de preuve, est possible absolument et ouverte à tous, tandis que la recherche judiciaire est prohibée en principe pour l'un des deux parents. Comment donc avoir l'idée d'élever au-dessus de l'autre ce mode auxiliaire et imparfait?... On comprendrait bien plutôt qu'on eût la pensée de ne lui attribuer jamais que des effets plus restreints. Aussi, dans les

(1) Quant à un arrêt de Paris, du 17 juillet 1841, que M. Duvergier, sans se prononcer sur la question, cite comme conforme à la doctrine que nous combattons, il ne juge pas la question, puisque c'est *après la mort de la mère*, et dès lors après la dissolution de son mariage, qu'il prononce une déclaration judiciaire de maternité devant produire les effets ordinaires, ainsi que nous l'avons enseigné au n° IV (*J. du Pal.*, t. II de 1841, p. 187).

premiers temps du Code, d'excellents jurisconsultes, notamment Merlin (*Questions de droit*, v° Maternité), pensaient-ils que la preuve judiciaire de filiation ne pouvait jamais avoir d'autre effet que de donner droit à des aliments. C'était une erreur, nous l'accordons. Mais cette erreur, du moins, avait une cause qui l'explique ; tandis qu'il est impossible, en présence du système adopté par le Code, de justifier l'erreur qui veut donner à la simple preuve de filiation *plus d'effet* qu'à la reconnaissance proprement dite.

Qu'on voie, du reste, la conséquence vraiment ridicule du système que nous repoussons... Un enfant naturel déclare à la femme mariée qu'il sait être sa mère qu'il a résolu d'intenter une action contre elle ; qu'arrivera-t-il? Si la mère, voyant douteux les moyens de preuve de l'enfant, le laisse agir, et que celui-ci réussisse, tous les droits d'enfant naturel lui seraient acquis ; que si, au contraire, la femme, vu la complète évidence des preuves que tient l'enfant, s'empresse de prévenir son action en le reconnaissant volontairement, ces mêmes droits n'existeraient pas?... Ce fait suffirait pour apprécier la doctrine que nous réfutons ici, et que la Cour suprême vient de condamner par un arrêt de cassation lors duquel M. l'avocat général Nouguier nous a fait l'honneur de lire à la Cour, pour motiver ses conclusions conformes, notre commentaire de cet article (1).

338. — L'enfant naturel reconnu ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime. Les droits des enfants naturels seront réglés au titre *Des Successions*.

75. La loi déclare, dans les art. 723, 724 et 756, que les enfants naturels, à la différence des enfants légitimes, ne sont pas *héritiers*, c'est-à-dire représentants et continuateurs légaux de la personne du défunt, mais seulement successeurs *aux biens* que ce défunt a laissés ; que dès lors ils ne sont point investis de plein droit de la possession légale de ces biens, possession qu'il leur faut demander à la justice ; qu'enfin, ils peuvent bien succéder à leurs père et mère, mais non à aucun parent de ces père ou mère. Dans les art. 757 et suivants, la loi indique la fraction de biens à laquelle l'enfant naturel a droit suivant la qualité des héritiers avec lesquels il concourt, et développe diverses règles spéciales pour ce cas de succession.

339. — Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère, de même que toute réclamation de la part de l'enfant, pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt.

---

(1) *Conf.* Delvincourt, Loiseau (p. 437); Favart (v° Reconn., sect. 2, § 2, 2); Demolombe (V, 466); Massé et Vergé (I, p. 328, note 43); Aubry et Rau (IV, § 568 *quater* et note 16); Valette (*Explic. somm.*, p. 185); Cass. d'un arrêt de Limoges, 17 fév. 1851 (Dev., 51, I, 161-167); Cass., 16 déc. 1861 (Dev., 62, I, 420; Dall., 62, I, 39); Lyon, 17 mars 1863 (Dev., 63, II, 205); Pau, 28 juin 1864; Metz, 10 août 1864 (Dev., 64, II, 246); Douai, 14 déc. 1864 (Dev., 65, II, 167).

SOMMAIRE.

I. Une reconnaissance peut être contestée par toute personne ayant intérêt moral ou pécuniaire. Quelles personnes ont intérêt moral à la contestation.

II. Quelles personnes y ont intérêt pécuniaire. — Différences que l'action présente d'un cas à l'autre.

III. La reconnaissance peut être critiquée sous quatre rapports; mais, pour trois d'entre eux, il est plus vrai de dire qu'il n'y a pas reconnaissance.

IV. Comment et par qui peut être contestée la réclamation judiciaire de l'enfant.

I. — 76. Nous avons déjà dit que cet article offre un remède efficace contre les dangers des reconnaissances frauduleuses, puisqu'il permet à toute personne intéressée, quelle qu'elle soit, de venir empêcher la reconnaissance judiciaire qu'un enfant voudrait obtenir, comme aussi de faire annuler la reconnaissance volontaire dont il aurait été l'objet.

Les termes absolus de notre article ne peuvent pas laisser de doutes sur les conséquences larges que sa disposition entraîne, et qui ne sont d'ailleurs que l'application du droit commun, des principes généraux. Ainsi, pour ne parler d'abord que de la reconnaissance volontaire, elle peut être critiquée par toute personne; elle peut l'être sous tous rapports: elle peut l'être par tous les moyens possibles.

Et d'abord, toute personne peut contester la reconnaissance, pourvu qu'elle y ait un intérêt, soit moral, soit pécuniaire.

Les personnes ayant intérêt moral à contester sont : 1° l'enfant reconnu; 2° la personne qui elle-même a fait ou veut faire pour ce même enfant une reconnaissance avec laquelle l'autre se trouve contradictoire; et 3° la personne qui, ayant reconnu l'enfant, prétend que celle qui se présente comme étant l'autre auteur de ce même enfant ne l'est réellement pas (1).

77. 1° L'enfant a un haut intérêt à ne pas accepter un état qui n'est pas le sien; il sera donc toujours admis à repousser cet état, soit qu'en même temps il en revendique un autre, soit qu'il se voie réduit à n'en avoir aucun. Ainsi, cet enfant peut prétendre et prouver qu'il n'est pas le fils de telle femme qui l'a reconnu, soit tout en prouvant que sa mère est telle autre femme, soit en déclarant que cette mère ne lui est pas connue. Il peut de même prétendre et prouver que tel homme qui l'a reconnu n'est pas son père, soit en accordant qu'il n'a pas de père connu, soit en revendiquant la paternité de tel autre homme dans le cas exceptionnel où sa mère aurait été enlevée par celui-ci au moment de la conception (art. 340).

Mais, bien entendu, il faut que l'enfant prouve qu'il n'est pas l'en-

---

(1) Le père de celui qui a reconnu un enfant naturel a intérêt et qualité pour contester cette reconnaissance, sur le motif que le fait de paternité qui lui sert de base est faux (Lyon, 13 mars 1856 et 22 mai 1862 : Dev., 56, II, 586, et 63, II, 39; Paris, 19 juill. 1864 : Dev., 65, II, 15); alors même que la reconnaissance a été suivie de mariage opérant la légitimation (Paris, 23 juill. 1853 : Dev., 54, II, 329; Dall., 54, II, 269).

fant de celui ou de celle qui l'a reconnu; il ne lui suffirait pas de dire qu'il n'accepte pas la reconnaissance, qu'il n'en veut pas. L'état d'une personne est évidemment indépendant de sa volonté; il ne dépend pas de mon consentement d'être ou de ne pas être le fils de tel ou telle.

78. 2° Quand un homme s'est déclaré père d'un enfant, tout autre homme peut venir critiquer la reconnaissance et prouver qu'il est lui-même le père. Ici, cette dernière allégation du second individu est nécessaire pour que son action soit recevable; il ne pourrait pas, comme le peut l'enfant, se contenter de dire que l'enfant n'est pas à lui, mais qu'il est en état de prouver qu'il n'est pas non plus à celui qui l'a reconnu. L'enfant, lui, a toujours intérêt à ne pas accepter un état qui n'est pas le sien; un tiers, au contraire, n'a aucun intérêt moral à faire tomber la reconnaissance, faite par un autre, d'un enfant qu'il avoue ne pas lui appartenir à lui-même. Il est, au reste, bien entendu (art. 335) que la contestation de ce second individu ne peut être écoutée, comme aussi la reconnaissance du premier n'a pu être reçue, qu'autant que ni l'une ni l'autre ne conduiraient à une filiation adultérine ou incestueuse.

De même, pour la maternité: quand un enfant a été reconnu par une femme, une autre femme peut venir le reconnaître à son tour en prouvant le mensonge ou l'erreur de la première reconnaissance. Ce conflit entre deux mères prétendues, lequel est très-possible dans le cas de mensonge de l'une des deux, qui voudraient par là s'attribuer des droits vis-à-vis d'un enfant riche, soit pour une pension alimentaire, soit pour l'éventualité de sa succession; ce conflit, disons-nous, n'est pas même absolument impossible avec bonne foi de ces deux femmes; il peut se présenter dans le cas où, par suite d'absence ou de toute autre circonstance, il y aurait des doutes sur l'identité de l'enfant. Or, dans tous les cas, la seconde femme a le droit, d'après notre article, de critiquer la première reconnaissance; car elle a un grand intérêt moral à ne pas laisser passer son enfant pour l'enfant d'une autre.

Il est évident que le droit que nous reconnaissons à une personne de contester la reconnaissance antérieure qui se trouve contradictoire à celle qu'elle veut faire ou qu'elle vient de faire pour le même enfant appartient aussi, réciproquement, à l'auteur de la première reconnaissance contre la reconnaissance postérieure qui contredit la sienne; et cette contestation de la reconnaissance postérieure serait nécessaire au premier auteur prétendu, s'il veut assurer les effets de la reconnaissance par lui faite en premier lieu. En effet, la priorité de date ne donne pas à la reconnaissance une force plus grande; l'attribution légale de la qualité d'auteur et d'enfant naturel ne peut pas être le prix de la course. C'est pour cela que nous avons dit, en mettant les deux auteurs prétendus sur la même ligne, que le droit de contester, pour intérêt moral, appartient à la personne qui veut faire ou qui a fait une

reconnaissance en face de laquelle existe une reconnaissance contradictoire (1).

Que si un enfant se trouvait avoir été reconnu, soit successivement, soit à la même époque, par deux hommes ou par deux femmes, sans que l'un de ces prétendus auteurs eût fait ou fît annuler la reconnaissance de l'autre, qu'arriverait-il? Ces deux reconnaissances contradictoires subsistant avec une force égale jusqu'à ce que l'une soit contestée, l'enfant pourrait, à son gré, exercer les droits d'enfant naturel de celui des deux auteurs qu'il voudrait choisir, sauf le droit, pour les personnes intéressées, de lui contester la qualité qu'il prendrait, en critiquant la reconnaissance qui la lui attribue. Bien entendu, l'enfant aurait lui-même le droit, mais ne serait pas forcé de venir demander l'annulation de celle des deux reconnaissances qu'il prétend erronée. Mais ici encore il ne suffirait pas à l'enfant de dire qu'il accepte telle reconnaissance et qu'il rejette l'autre; car il ne dépend pas de sa fantaisie d'être le fils de tel ou tel. Il en serait de même si c'étaient d'autres intéressés qui vinssent contester celle des reconnaissances que l'enfant veut garder. Dans tous les cas, il faudra, de la part du tribunal, un examen entre les deux reconnaissances contradictoires, et celle-là devrait être maintenue que des preuves positives, ou, à leur défaut, de simples probabilités, montreraient conforme à la vérité.

79. 3° Nous accordons, en troisième lieu, le droit de contester une reconnaissance à la personne qui, se reconnaissant elle-même pour l'un des auteurs de l'enfant, prétend que celle qui se dit être le second auteur de cet enfant ne l'est pas. En effet, un jeune homme d'une famille considérée, qui reconnaît l'enfant qu'il a eu d'une jeune fille honnête, a certainement un intérêt personnel, intérêt d'honneur et de réputation, à ne point passer pour avoir eu cet enfant d'une prostituée, objet du mépris de toute une ville. De même si c'est une jeune fille qui a reconnu l'enfant, elle ne peut pas être forcée de subir la honte que lui imprimerait la reconnaissance du premier vaurien qui viendrait s'en déclarer le père. L'un des parents a toujours un intérêt moral, plus ou moins grand, selon les circonstances, à ce qu'un étranger ne passe pas pour être l'autre parent.

Ici, comme toujours, bien entendu, c'est à celui des auteurs qui vient contester la reconnaissance de l'autre, à justifier, sinon par des preuves positives (ce qui serait souvent impossible), au moins par des probabilités que les juges apprécieront, la vérité de son allégation; une simple affirmation ne suffirait pas, alors même qu'elle émanerait de la mère contre le soi-disant père. Sans doute, la mère sait mieux que personne à qui appartient la paternité de son enfant; mais cette mère pourrait aussi, par vengeance ou pour toute autre cause, mentir à la justice, et le juge ne doit jamais prononcer que d'après sa propre conviction. L'opinion contraire, développée par M. Duranton (III, 262),

(1) Comp. Cass., 27 janv. 1857 (Dev., 57, I, 177; Dall., 57, I, 196).

nous paraît donc une erreur certaine. Aussi a-t-on vu la Cour d'appel de Paris, dans la fameuse affaire Leroux, où deux hommes se disputaient la paternité d'un enfant, attribuer cette paternité, par son arrêt de 1844, à celui que désavouait la mère, et cela, quoique l'autre eût reconnu l'enfant le premier, eût ensuite épousé la mère, et par là légitimé l'enfant (1).

Mais il ne faut pas confondre ce cas avec celui où l'un des auteurs de l'enfant se serait permis, en reconnaissant l'enfant, d'indiquer l'autre auteur sans pouvoir de lui. Celui-ci, alors, pourrait très-bien, sans avoir aucune preuve à donner, faire supprimer cette indication. Ce ne serait plus là contester la reconnaissance faite par le premier (2).

II. — 80. L'action fondée sur l'intérêt pécuniaire appartient à tous ceux auxquels la reconnaissance pourrait nuire. Ainsi les héritiers légitimes de celui qui l'a reconnu, ou d'autres enfants naturels également reconnus par lui ; à leur défaut, le conjoint survivant de ce même individu (qui serait marié après la reconnaissance); ou enfin l'État, pourraient attaquer la reconnaissance, pour écarter l'enfant de la succession de son auteur prétendu; des légataires ou donataires le pourraient de même, si la reconnaissance devait nuire à l'exécution de leurs legs ou donations. Il ne faudrait pas se préoccuper de l'idée que ces diverses personnes, n'étant que les ayants droit de l'auteur prétendu, qui n'aurait pas pu critiquer lui-même sa propre reconnaissance, ne doivent pas avoir plus de droits que lui. On sait, en effet, que quand celui que je représente aujourd'hui, et qui dès lors me représentait antérieurement, a consenti un acte frauduleux à mon préjudice, il se trouve par là même n'avoir pas été mon représentant dans cet acte ; or, c'est précisément ce que viennent dire ici les successeurs, qui soutiennent que la reconnaissance consentie par le défunt n'a été qu'un mensonge.

81. L'action fondée sur l'intérêt pécuniaire n'aurait pas, on le sait déjà, les mêmes caractères que celle fondée sur l'intérêt moral. Celle-ci, comme tous les droits qui sont indépendants de la volonté, serait imprescriptible; celle-là, au contraire, rentrant dans la classe des droits qui peuvent se briser par une convention, par une renonciation expresse ou tacite, s'éteindrait par la prescription. Ainsi, tandis que les personnes dont nous venons de parler au n° 1 pourraient agir à toute époque, celles dont il est ici question dans ce n° 1 ne pourraient plus agir après trente années à partir du moment où leur action a pu être intentée. Or, cette action, à la différence de la première, ne com-

---

(1) Cet arrêt, dont notre précédente édition signalait l'absence dans les recueils, a été rapporté depuis à l'occasion de l'arrêt de rejet intervenu sur le pourvoi, le 10 fév. 1847 (Dev., 47, I, 81; Dall., 47, I, 49).

(2) La reconnaissance peut-elle être attaquée par celui qui l'a faite, en demandant à prouver qu'il n'est pas le père de l'enfant qu'il a reconnu? — Oui. Aix, 22 déc. 1852; Paris, 23 juill. 1853; Lyon, 13 mars 1856 (Dev., 54, II, 321; 54, II, 329; 56, II, 589). Dissertation (*J. Pal.*, 53, II, 481); Aubry et Rau (IV, § 568 *ter*, p. 687). — *Contrà :* Paris, 22 janv. 1855 (Dev., 55, II, 1, et les observations de M. Gilbert, à la note); Demolombe (V, n° 437).

mencerait à être recevable que quand les contestants pourraient argumenter d'un intérêt dès lors existant, d'un intérêt *né et actuel* (*voy.* art. 187). Une autre différence, tenant toujours à la même cause, c'est que l'action fondée sur l'intérêt moral serait exclusivement attachée à la personne des intéressés; tandis que celle qui appartient aux personnes intéressées pécuniairement pourrait être exercée par tous leurs ayants droit, notamment par leurs créanciers, en vertu de l'art. 1166.

III. — 82. Ce n'est pas seulement sous le rapport de la fausseté de la déclaration que la reconnaissance peut être attaquée, c'est sous tous rapports. Ainsi, le contestant, quel qu'il soit, peut se contenter de prétendre ou que la déclaration dont on argumente n'est pas assez explicite pour constituer une reconnaissance, ou que cette déclaration se trouve dans un acte qui n'a pas les caractères voulus pour être un acte authentique, ou enfin que la reconnaissance n'a pas d'existence légale, parce qu'elle conduirait à une filiation adultérine ou incestueuse; et il y a ceci de remarquable que, dans ces trois cas, la prétendue reconnaissance, précisément parce qu'elle ne constitue pas une reconnaissance légale, pourrait être critiquée tout aussi bien par celui qui l'aurait faite que par tout autre. C'est qu'en effet, à proprement parler, le demandeur ne vient pas alors contester une reconnaissance; mais, au contraire, il vient dire que légalement il n'y a pas eu de reconnaissance.

Au reste, quand il s'agit vraiment de la contestation de reconnaissance, c'est-à-dire quand on prétend fausse la paternité ou la maternité reconnue dans l'acte, c'est par tous les moyens possibles que la justification peut être faite : la preuve par témoins est permise comme la preuve par écrit, et dès lors les juges sont autorisés à se déterminer aussi par de simples présomptions (art. 1353).

IV. — 83. Ce n'est pas seulement la reconnaissance volontaire du père ou de la mère que notre article permet de contester, c'est aussi la réclamation élevée en justice par l'enfant pour arriver à la preuve judiciaire de sa filiation. Tous ceux-là peuvent se poser ses adversaires, qui ont dans le débat un intérêt moral, ou un intérêt pécuniaire né et actuel.

Ainsi, un enfant intente contre Titia une action tendant à la faire déclarer sa mère; cette femme pourra bien n'être pas sa seule adversaire. Si une autre femme, Sempronia, a déjà reconnu l'enfant, celui-ci devra la mettre en cause pour contester la reconnaissance; que s'il ne l'appelle pas, elle aura le droit d'intervenir pour défendre sa reconnaissance contre la réclamation contradictoire de l'enfant. De même, le père qui aura reconnu cet enfant aurait aussi le droit d'intervenir pour soutenir contre lui que sa mère n'est pas celle à laquelle il s'adresse. Et quoique ce père ou Sempronia n'eussent pas antérieurement reconnu l'enfant, ils pourraient également intervenir en déclarant, au moment de l'intervention, qu'ils ont cette qualité de père ou de mère. Que si le jugement est rendu sans qu'ils y soient appelés et sans qu'ils intervien-

nent, ils pourraient attaquer ce jugement par la tierce opposition.

Quant à l'intérêt pécuniaire, il ne permet de contester que quand il est né et actuel; ceux-là seuls, par conséquent, pourraient contester pour cette cause, auxquels la prétention de l'enfant, si elle était admise, enlèverait des droits existant dès à présent. Ainsi, si Titia est morte au moment que l'enfant intente sa réclamation, les héritiers légitimes de cette femme, ses enfants naturels légalement connus, son conjoint survivant ou l'État, puis aussi ses légataires ou donataires, pourraient, selon les cas, contester sa prétention. Mais si c'est contre la mère elle-même que la réclamation de l'enfant a été soulevée et admise, ces divers individus ne pourraient plus, après la mort de celle-ci, attaquer le jugement, attendu qu'ils ont été représentés dans ce procès par celle dont ils sont aujourd'hui les successeurs. Il faut seulement excepter le cas où ces personnes prouveraient qu'il y a eu fraude et mauvaise foi dans la défense de Titia. (*Voy.* art. 5, n°s II et III, et toute l'explication de l'art. 100.)

340. — La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant.

341. — La recherche de la maternité est admise.

L'enfant qui réclamera sa mère, sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée.

Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins, que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit.

342. — Un enfant ne sera jamais admis à la recherche soit de la paternité, soit de la maternité, dans le cas où, suivant l'article 335, la reconnaissance n'est pas admise.

SOMMAIRE.

I. Second et dernier moyen de prouver la filiation naturelle : déclaration judiciaire.

II. La recherche de la paternité n'est permise que par exception. — Conditions nécessaires pour la déclaration. — Erreur de Grenier et de Malpel.

III. La recherche de la maternité est toujours admise. — Il faut un commencement de preuve par écrit, portant et sur l'accouchement et sur l'identité. Avec ce commencement, la preuve des deux faits peut se faire par témoins. Erreurs contraires de Toullier et de Delvincourt.

IV. Les règles des art. 326 à 330 s'appliquent toutes à la recherche judiciaire de la filiation naturelle. Dissentiment avec M. Demante.

V. Cette recherche est impossible, quand elle doit conduire à une filiation adultérine ou incestueuse. — Renvoi.

VI. La filiation naturelle ne s'établit point par la possession d'état. Erreur de MM. Duranton, Demolombe, Valette, etc.

VII. Effets de la déclaration judiciaire de filiation.

VIII. La recherche de la filiation n'est jamais permise contre l'enfant.

I. — 84. A défaut d'une reconnaissance volontaire, la loi permet à l'enfant naturel d'établir sa filiation au moyen d'un jugement qui déclare que tel homme est son père ou que telle femme est sa mère. Cette déclaration judiciaire forme le second et dernier moyen de prouver la filiation naturelle.

Mais cette recherche judiciaire est loin d'être admise avec la même facilité pour le père que pour la mère. La recherche de la paternité n'est permise que par exception ; celle de la maternité l'est absolument et dans tous les cas.

II. — 85. La loi ne permet de poursuivre un homme, pour lui faire attribuer par jugement une paternité qu'il repousse, que quand cet homme s'est rendu coupable d'enlèvement ou de viol de la mère, et que l'époque de l'enlèvement ou du viol coïncide avec celle de la conception de l'enfant (1).

Pour l'enlèvement, l'art. 340 est formel : « Lorsque l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception d'un enfant, le ravisseur pourra être déclaré le père. » Cet article, on le voit, ne distingue pas si l'enlèvement a eu lieu par la violence ou seulement par la fraude, la séduction et l'artifice. Il ne distingue pas non plus, comme le fait le Code pénal, art. 353 à 357, si la fille enlevée est mineure ou majeure. Ainsi, tandis que la loi criminelle (qui, du reste, autorise la poursuite aussi bien pour l'enlèvement par fraude que pour l'enlèvement par violence, art. 354 et 356) n'autorise l'application de la peine que quand la personne enlevée est mineure, la loi civile, elle, autorise la déclaration de paternité, quels qu'aient été le moyen de l'enlèvement et l'âge de la femme enlevée. C'est qu'en effet, dès que la conception d'un enfant coïncide avec l'enlèvement de sa mère, il y a là un fait ostensible, patent, qui a le double effet de rendre l'individu poursuivi peu digne d'égards et de ménagements, et de faire naître contre lui une grave probabilité de paternité. Ce fait doit donc permettre de prouver cette paternité.

Quant au viol, on doit admettre, malgré l'opinion contraire de M. Zachariæ (IV, p. 72), qu'il autorise aussi la recherche de la paternité. A la vérité, le Code n'indique pas en termes spéciaux cette cause d'exception ; mais on peut dire pourtant qu'elle se trouve comprise dans le texte de l'art. 340. En effet, quand on s'attache moins aux mots qu'aux choses, le viol est un enlèvement : la personne n'est pas transportée d'un lieu à un autre, mais elle est enlevée à elle-même momentanément, et enlevée par violence. C'est même par un argument *à fortiori* que notre décision doit être admise ; car 1° l'enlèvement proprement dit n'autorise la recherche de la paternité que parce qu'il donne la simple *présomption* d'un commerce qui n'est que trop certain dans le cas de viol ; 2° la coïncidence de l'époque de la conception

(1) Ce n'est pas d'après la règle de l'art. 312 que se déterminerait ici le moment de la conception (*voy.* l'Explication de l'art. 343).

peut se déterminer alors avec plus de précision encore que dans le cas d'enlèvement (1).

Mais la circonstance qu'il y a eu un enlèvement ou un viol, coïncidant avec l'époque de la conception, ne suffit pas pour que le coupable soit nécessairement déclaré le père ; elle rend seulement la déclaration possible. C'est après une longue discussion et dans le but formellement avoué de rendre la déclaration facultative, que les mots *pourra être* ont été substitués au mot *sera* (Fenet, X, p. 133). Le ravisseur pourrait donc, en prouvant les rapports de la mère avec d'autres que lui, ou en constatant qu'il n'a pas eu commerce avec elle, échapper à la déclaration de paternité.

86. Il faut, au surplus, pour que la recherche et la déclaration soient possibles, que la mère fût fille ou veuve lors de l'enlèvement ou du viol, et que de plus elle ne soit pas la parente du ravisseur au degré prohibé pour le mariage ; autrement, l'art. 342, qui défend la recherche de toute filiation adultérine ou incestueuse, s'opposerait à la déclaration de paternité. C'est évident, et la doctrine contraire de Grenier (*Donat.*, I, 100 *bis*), Loiseau (p. 735) et Malpel, est une erreur manifeste. Il est clair, en effet, que la prohibition de la recherche de paternité, pour la circonstance d'adultère ou d'inceste, n'a de sens et d'application possible que pour le cas où, en dehors de l'inceste et de l'adultère, cette recherche serait permise ; or, la recherche n'est permise précisément que pour le cas d'enlèvement. Bien loin donc que la prohibition ne soit pas faite pour ce cas, elle n'est, au contraire, faite que pour lui (2).

III. — 87. La recherche de la maternité, au contraire, est autorisée toujours et absolument ; excepté aussi dans le cas où, la paternité se trouvant dès à présent certaine et constatée, cette recherche de maternité conduirait à une filiation adultérine ou incestueuse. Hormis ce seul cas, la mère peut toujours être recherchée judiciairement.

C'est à l'enfant qui intente l'action de prouver qu'il est bien celui dont la femme est accouchée, et il ne peut le faire par témoins que sous la condition d'un commencement écrit de preuve. Or, l'objet de cette preuve est complexe, comme on le voit ; car prouver qu'on est l'enfant dont telle femme est accouchée, c'est prouver d'abord qu'elle est accouchée, puis ensuite, qu'on est l'enfant dont elle est accouchée. Donc, le commencement écrit de preuve, que demande l'art. 341, doit porter, et sur le fait de l'accouchement de la femme, et sur l'identité de l'enfant ; et au moyen de ce commencement, l'enfant peut compléter par témoins et la preuve de l'accouchement et la preuve de son identité. Toullier commet donc une erreur, quand il enseigne (II, 942) que la preuve de l'identité peut seule se faire par témoins après commencement écrit, et que celle de l'accouchement doit se faire

(1) Delvincourt, Loiseau (p. 418) ; Toullier (II, 941) ; Valette (II, p. 130) ; Richefort (II, 306) ; Taulier (I, p. 434) ; Demolombe (V, 491).

(2) Duranton (III, 235) ; Demante (I, 325) ; Bedel (*Adult.*, n° 69) ; Zachariæ (IV, p. 89) ; Demolombe (V, 565).

tout entière au moyen d'écrits; et Delvincourt tombe dans l'erreur contraire, quand il enseigne que le commencement de preuve écrit n'est pas nécessaire pour le fait de l'accouchement (1).

On a déjà vu qu'on entend par *commencement de preuve par écrit* tout acte qui, sans prouver le fait allégué, le rend déjà vraisemblable, et qui est émané d'une personne qui a, ou qui aurait si elle vivait, un intérêt contradictoire à celui de l'enfant (art. 324) (2). Il suit de là que l'enfant ne pourrait pas présenter, comme écrit procurant un commencement de preuve, l'acte de naissance dans lequel la femme qu'il attaque aurait été indiquée comme sa mère, sur la déclaration soit du père, soit d'un médecin ou d'une sage-femme, n'ayant pas reçu mandat d'elle pour faire cette déclaration. En effet, l'acte, dans ce cas, n'émane pas de la mère, et ceux dont il émane ne se trouvent pas les adversaires de l'enfant. Il n'y a pas de doute possible à cet égard ; car les motifs que nous venons d'indiquer ont fait rejeter, au conseil d'État, un alinéa qui, dans la première rédaction de notre article, déclarait que l'acte de naissance servirait de commencement de preuve par écrit (Fenet, t. X, p. 72 et 78) (3).

Il en serait autrement si la déclaration avait été faite par une personne ayant un intérêt contraire à la prétention de l'enfant; par exemple, par le père ou la mère de la fille qui est accouchée. Ce père ou cette mère, en effet, étant les héritiers de leur fille, ont intérêt à contester la qualité de l'enfant. Il est vrai que M. Bonnier (*Tr. des pr.*, n° 145) et M. Demolombe (V, 503) enseignent qu'on ne peut pas invoquer ici tout acte émané d'une personne qui est ou serait intéressée dans la contestation, d'après l'art. 324, mais seulement celui qui émane de la mère elle-même, d'après l'art. 1347. Mais cette idée nous paraît inadmissible. Notre chapitre étant muet sur la nature que doit y revêtir le commencement de preuve, c'est donc par l'analogie qu'il faut décider ce point. Or l'analogie est assurément plus grande avec

---

(1) Merlin (*Rép.*, v° Matern., n° 4); Duranton (III, 240); Richefort (II, 328); Zachariæ (IV, p. 79); Duvergier (sur Toull., *loc. cit.*); Demolombe (V, 500); *Dict. not.* (Enfant naturel, n° 34); Rej., 3 juill. 1850 (Dalloz, 50, I, 209). (Dev., 50, I, 705).

(2) Un acte de reconnaissance sous seing privé constitue un commencement de preuve par écrit de la maternité. Paris, 17 juill. 1858 (Dev., 58, II, 534). Voy. *Dict. not.* (v° Reconnaissance d'enfant naturel, n°s 58 et suiv.).

(3) *Conf.* Bordeaux, 19 fév. 1846 (Dev., 46, II, 294); Toulouse, 13 juill. 1846 (Dev., 48, II, 116); Nancy, 9 fév. 1850 (Dev., 51, I, 225); Lyon, 3 août 1851 (Dev., 52, II, 101); Metz, 21 juin 1853 (Dev., 56, II, 449); Pau, 28 juin 1855 (Dev., 55, II, 673); Paris, 17 juill. 1858 (Dev., 58, II, 534), 30 avr. 1859 (Dev., 60, II, 625); Caen, 1er mars 1860 (Dev., 61, II, 185); Metz, 10 août 1864 (Dev., 64, II, 246); Douai, 14 déc. 1864 (Dev., 65, II, 167); *Dict. not.* (v° Enfant naturel, n° 38). — Jugé, au contraire, que l'acte de naissance d'un enfant naturel dans lequel la mère est dénommée, mais à la rédaction duquel elle n'a pas assisté, peut servir de commencement de preuve par écrit de la maternité, preuve qui peut être ensuite complétée par une possession d'état conforme. Paris, 18 mars 1850 (Dev., 50, II, 593). — Jugé encore que l'acte de naissance d'un enfant naturel qui désigne la mère fait preuve de l'accouchement de la femme qui y est indiquée, bien qu'elle ne l'ait pas signé (Cass., 19 nov. 1856; Paris, 30 avr. 1859; Metz, 10 août 1864 : Dev., 57, I, 9; 60, II, 625; 64, II, 246); et que même il fait preuve à l'égard des tiers de la filiation maternelle de l'enfant, en l'absence de toute contestation de la mère ou de sa famille (Cass., 1er juin 1853; Caen, 24 mai 1858 : Dev., 53, I, 481; 58, II, 535).

les règles du chapitre précédent qu'avec celles du titre *Des Contrats*. C'est, d'ailleurs, à la règle du chapitre précédent que les rédacteurs entendaient évidemment se référer, non à celles d'un titre qui n'existait pas encore lors de l'adoption de nos articles. C'est donc à la première qu'il faut s'attacher, et c'est aussi ce que fait la jurisprudence (1).

IV. — 88. La règle des art. 326 et 327, qui déclarent les tribunaux civils seuls compétents pour les questions relatives à la filiation légitime, puis celle des art. 328 à 330, qui consacrent, dans ce même cas, l'imprescriptibilité de l'action en réclamation pour l'enfant et régissent sa transmission aux successeurs universels, s'appliquent également au cas de filiation naturelle, c'est-à-dire à la recherche judiciaire, soit de la paternité, soit de la maternité.

C'est évident pour la seconde de ces règles. Il est clair, en effet, que la filiation naturelle ne dépend pas plus de la volonté de l'homme que la filiation légitime; qu'on ne peut pas plus se donner ou se retirer la qualité de père, mère ou enfant naturel de tel ou telle, que celle de père, mère ou enfant légitime. Ces qualités ne sont donc susceptibles d'aucune convention, d'aucune renonciation expresse ou tacite, ni par là même d'aucune prescription. Ainsi, la réclamation de l'état d'enfant naturel, en tant qu'elle touche à la qualité même et aux droits purement moraux, restera inaccessible à la prescription et à la renonciation, tandis qu'elle y sera soumise quand elle ne s'appliquera plus qu'à des droits pécuniaires, notamment quand elle sera exercée par les successeurs universels de l'enfant. En un mot, on appliquera ici ce que nous avons dit sous les art. 328, 329 et 330 (2).

Le doute ne nous paraît pas plus possible pour la première règle, celle des art. 326 et 327, posant le principe que les tribunaux civils doivent seuls connaître des réclamations d'état. On ne voit pas, en effet, de raison, ni même de prétexte à alléguer pour qu'un tribunal criminel puisse plutôt m'attribuer un enfant naturel qu'un enfant légitime. Aussi, dans l'*Exposé des motifs* de ce titre, M. Bigot-Préameneu présentait cette règle comme un principe général et sans exception, et disait en terminant son discours et après avoir indiqué les règles de la filiation naturelle : « Enfin, il a été regardé comme important de rappeler et de consacrer la maxime qu'il n'appartient qu'aux tribunaux civils de statuer sur les réclamations d'état. » (Fenet, t. X, p. 158.)(3)

Le seul point, donc, qui puisse faire question, c'est l'application de l'art. 327 à la recherche, non de la maternité, mais de la paternité. En

---

(1) Caen, 10 fév. 1823; Caen, 7 avr. 1832; Paris, 7 juill. 1838; Rej., 3 juill. 1850 (*Rec.* de Caen; Dev., 45, II 194, note; Dall., 50, I, 209); Paris, 30 avr. 1859 (Dev., 60, II, 625).

(2) Valette (II, p. 253); Richefort (II, 337); Demolombe (V, 624).—Jugé que la recherche de la maternité est un droit exclusivement attaché à la personne de l'enfant, et que, par suite, les héritiers d'un enfant naturel non reconnu n'ont pas le droit de rechercher la maternité de cet enfant. Cass., 29 juill. 1861 (Dev., 61, I, 700; Dall., 61, I, 298); Rouen, 23 juill. 1862 (Dev., 63, II, 64); Cass., 10 août 1864 (Dev., 64, I, 505).

(3) *Conf.* Delvincourt, Mangin (*Act. publ.*, I, 187); Demolombe (V, 531).

effet, cet art. 327 veut qu'en cas de concours d'une action civile en réclamation d'état et d'une action criminelle relative à ce même état, les poursuites criminelles ne puissent commencer ou se continuer qu'après la solution définitive de la question civile; la loi ne veut pas que la décision criminelle exerce aucune influence sur la décision à intervenir au civil. Or, puisque dans la recherche de paternité la loi permet la preuve testimoniale pure et sans aucune condition préalable, comme elle le fait devant la juridiction criminelle, on pourrait dire que l'influence du criminel sur le civil n'est plus à craindre, et que dès lors il importe peu que l'affaire civile ne s'instruise qu'après l'affaire criminelle.

Nous ne pensons pas, cependant, qu'il en puisse être ainsi. La juridiction criminelle est regardée par la loi, à tort ou à raison, comme ne présentant pas assez de garanties pour juger les questions d'état, et elle est pour cela déclarée incompétente quant à ces questions; or, la règle qui repousse jusqu'à l'influence indirecte de cette juridiction sur les questions de cette espèce n'est qu'une conséquence de cette incompétence. Si donc, pour la recherche de paternité, cette incompétence existe, la règle de l'art. 327, résultat de cette incompétence, doit exister aussi. Et en effet, la condition préalable exigée pour l'admission du témoignage dans les questions de filiation légitime et de maternité naturelle n'est pas, aux yeux de la loi, la seule cause de garantie plus grande; la forme même de la procédure, qui soumet les enquêtes civiles à des difficultés dont les enquêtes criminelles sont affranchies, la qualité différente des juges, qui sont dans un cas des magistrats réguliers, dans l'autre des jurés, de simples citoyens, ces différences sont aussi des circonstances qui, à tort ou à raison toujours, présentent à la loi plus de garanties. Or, ces différences resteront les mêmes dans la recherche de la paternité que dans les autres réclamations d'état.

Nous pensons donc que, même dans le cas de recherche de la paternité, si une action criminelle était en voie d'instruction lorsque commence l'action civile, ou qu'elle vînt à s'intenter dans le cours de cette action civile, elle devrait rester suspendue jusqu'à ce que la question civile fût jugée. Nous pensons de même et par une conséquence nécessaire que, si la sentence de la cour d'assises était rendue avant que l'action civile commençât, on ne pourrait pas, malgré l'opinion contraire de M. Demante (t. I, n° 322), argumenter de la procédure criminelle pour la décision de la question civile.

Il est à remarquer, du reste, qu'un enlèvement de nature à faire admettre la recherche de la paternité ne donnera pas toujours lieu à une poursuite criminelle, puisque le Code pénal ne punit que l'enlèvement des mineurs. Les art. 341 et 344 du même Code, que l'on cite quelquefois comme punissant l'enlèvement des personnes majeures, ne s'occupent pas du cas d'enlèvement; ils punissent seulement les *arrestations et détentions* réalisées sans l'ordre des autorités compétentes et hors des cas où la loi les permet.

V. — 89. Nous avons déjà vu, sous l'art. 335, que la loi jette sur

les filiations adultérines ou incestueuses un voile qu'elle défend de lever et qui ne permet de les connaître légalement que quand il se trouve déchiré par la force même des choses. Toute reconnaissance volontaire de la part des auteurs, toute action de la part des enfants ou de tous autres, sont donc sévèrement prohibées quand elles ont pour objet la révélation d'un adultère ou d'un inceste. Nous avons indiqué, sous ce même art. 335, les cas exceptionnels dans lesquels ces filiations se trouveront connues (1).

VI. — 90. C'est un point controversé depuis longtemps, mais qu'un récent arrêt de cassation paraît devoir fixer, que celui de savoir si la possession d'état peut faire preuve de la filiation naturelle, comme elle fait preuve de la filiation légitime d'après l'art. 320 (2). La négative est pour nous certaine; et nous pensons que tout le monde l'aurait adoptée si l'on avait examiné la question en droit, au lieu de la traiter en législation.

Un article exprès, l'art. 320, déclare que la possession d'état est une preuve de la filiation légitime; mais aucun texte ne pose une règle semblable pour la filiation naturelle... Pour dire, malgré ce silence, que la règle existe aussi pour les bâtards, il faut donc soutenir de deux choses l'une : ou que le législateur, au moment même où il écrivait cet art. 320, entendait l'appliquer par analogie à l'enfant naturel; ou qu'après l'avoir écrit pour l'enfant légitime seulement, il a entendu qu'il s'étendrait au bâtard sans qu'il fût besoin de le dire, et parce que son application à ce cas paraîtrait évidente. Or, chacune de ces deux idées est inadmissible.

Et d'abord, il est certain qu'on n'entendait pas appliquer aux enfants naturels la disposition de l'art. 320 au moment qu'on l'écrivait, puisque, après avoir présenté la possession d'état dans cet article (qui était le 2e du chap. 2 du projet) comme une preuve de la filiation légitime, on la présentait plus loin (dans l'art. 7 du chap. 3) comme autorisant, pour la filiation naturelle, l'admission de la preuve testimoniale, de la même manière que le commencement de preuve par écrit.

D'un autre côté, la classe des enfants naturels étant beaucoup moins favorable que celle des enfants légitimes, et l'établissement de leur filiation ayant paru beaucoup moins important au législateur (à tel point que le premier consul disait nettement au Conseil qu'en définitive, *la société n'a pas d'intérêt à ce que la filiation des bâtards soit connue*),

---

(1) Comp. Cass., 1er mai 1849, 11 avr. 1854, 18 nov. 1862 (Dev., 49, I, 618; 54, I, 289; 63, I, 469).

(2) *Aff.* Proudhon et Valette (II, p. 150-153); Delvincourt (t. II); Duranton (III, 238); Richefort (II, 337 *bis*); Bonnier (n° 144); Demolombe (V, 480); *Dic. not.* (v° Enfant naturel, n° 41); Rouen, 20 mai 1829; Bastia, 1er déc. 1834; Lyon, 31 déc. 1835; Rouen, 19 déc. 1844; Limoges, 4 avr. 1848; Paris, 26 juill. 1849; Paris, 10 mai 1851 (Dev., 51, I, 225). — *Nég.*, Toullier (II, 970); Coulon (III, p. 584); Zachariæ (IV, p. 74); Massé et Vergé (I, § 170, p. 332); Loiseau (p. 474); Bourges, 2 mai 1837; Bourges, 4 janv. 1839; Cass., 17 fév. 1851 (Dev., 35, II, 525; 38, II, 5; 39, II, 289; 45, II, 133; 49, II, 490; 51, I, 161); Cass., 16 déc. 1861; Rouen, 23 juill. 1862 (Dev., 62, I, 253; 63, II, 64); Nîmes, 7 nov. 1864 (Dev., 65, II, 15); Douai, 14 déc. 1864 (Dev., 65, II, 167).

il est bien impossible de croire que les rédacteurs aient regardé comme allant de soi, et n'ayant pas besoin d'être exprimé pour la filiation naturelle, un moyen de preuve dont ils avaient jugé utile d'exprimer l'application à la filiation légitime, alors surtout qu'on avait décidé d'abord que, pour cette filiation naturelle, ce moyen serait seulement un commencement de preuve.

On a prétendu, cependant, qu'en supprimant la possession d'état comme commencement de preuve dans notre art. 341, le législateur avait entendu l'ériger en preuve complète; et on a cherché à l'établir en disant que la suppression a été faite sur cette observation de M. Portalis, que « il serait absurde de présenter la possession constante comme un simple commencement de preuve, puisque cette possession est la plus naturelle et la plus complète de toutes les preuves. » Mais c'est une erreur... Il est bien impossible que le législateur, qui traitait les bâtards avec tant de dédain et qui avait positivement déclaré que la possession ne produirait pas pour eux la même preuve que pour les enfants légitimes, ait regardé tout à coup la règle contraire comme tellement *évidente* qu'elle serait admise *sans avoir besoin d'être exprimée*. Aussi voit-on par les travaux préparatoires que la suppression dont il s'agit a été faite dans un tout autre sens.

Le projet de loi, par les dispositions portant aujourd'hui les n°s 334 et 341, n'admettait que deux moyens de preuve de la filiation naturelle : 1° la présentation d'un acte authentique de reconnaissance; 2° et pour la mère seulement, une preuve fournie en justice, mais après commencement de preuve par écrit ou après une possession d'état dès lors constante, possession qui n'était admise dans ce projet que comme simple *commencement de preuve*. Or, en effaçant cette dernière idée dans notre article, on a entendu conserver le principe que la filiation naturelle ne se prouverait que de deux manières : ou par un acte authentique, ou par le préalable d'un commencement de preuve écrit. Sans doute (et telle fut la concession faite à l'observation de M. Portalis) on n'a pas exigé que celui qui prouverait aux magistrats la possession constante de l'état qu'il réclame, et leur donnerait ainsi la conviction de sa qualité, eût encore autre chose à prouver après cela ; mais cette preuve, comme toute autre preuve testimoniale, ne pourra se faire *qu'après le préalable du commencement de preuve par écrit*... La preuve en est encore dans les procès-verbaux.

D'un côté, l'observation de M. Portalis tendait si peu à supprimer le commencement de preuve par écrit pour le cas de possession d'état, ou du moins le Conseil l'a si peu acceptée dans ce sens, qu'après lui M. Berlier expliqua qu'il fallait absolument maintenir les mots de *preuve par écrit* et mettre ainsi une différence *entre ce cas* ET CELUI DE LA FILIATION LÉGITIME ; et c'est immédiatement après cette observation que le principe de l'article fut adopté. D'un autre côté, il fut nettement expliqué au Corps législatif, dans l'Exposé des motifs, que même la preuve des soins donnés à l'enfant, comme toute autre preuve à faire par témoins, ne pourrait jamais être admise qu'après le commence-

ment de preuve par écrit. « On ne présume point, fut-il dit, qu'un enfant ait été mis au monde sans qu'il y ait *par écrit* quelques traces, soit de l'accouchement, soit *des soins donnés à cet enfant*. Il était donc à la fois de justice particulière et d'honnêteté publique de n'admettre l'enfant à prouver... que dans le cas où il aura déjà *un commencement de preuve par écrit*. »

Donc la possession d'état ne constitue point pour le bâtard, comme pour l'enfant légitime, un moyen spécial de preuve affranchi du préalable d'un écrit; il n'existe point pour celui-là, comme il existe pour celui-ci, trois moyens de prouver sa filiation, mais deux seulement; et cette possession d'état n'est que l'un des divers moyens par lesquels l'enfant naturel est autorisé à justifier sa prétention alors seulement que quelque écrit la rendra déjà probable.

Cette doctrine, d'ailleurs, s'établit encore d'une autre manière.

S'il était vrai, en effet, que la possession d'état est, aux yeux de la loi, une preuve suffisante de la qualité d'enfant naturel, et que c'est indépendamment de tout écrit qu'elle en donne une démonstration complète, il en serait ainsi pour le père comme pour la mère. Or, dans les observations faites par M. Portalis, M. Berlier et les autres conseillers, il n'a jamais été question que de la mère, et il a été déclaré positivement dans l'Exposé des motifs que, vis-à-vis du père, il n'y avait d'autre moyen de constatation que la reconnaissance par acte authentique. Aussi MM. Duranton, Bonnier, Richefort, etc., reconnaissent-ils que la possession d'état ne saurait faire preuve contre le père. Mais s'il en est ainsi, comment ces auteurs osent-ils dire que le législateur a regardé cette possession d'état comme étant *la plus certaine des preuves?*

91. Pour échapper à cette contradiction, deux des auteurs que nous combattons, M. Demolombe et M. Valette, en sont venus jusqu'à dire que la preuve par possession d'état s'applique, en effet, au père comme à la mère, et que la *recherche* de filiation (permise envers la mère et défendue envers le père d'après nos art. 340 et 341) ne doit pas s'entendre de l'action fondée sur la possession, parce que celui qui possède son état n'a pas besoin de le *rechercher*. Mais cette idée est en vérité par trop insoutenable. Il est trop évident que par *recherche judiciaire*, par *réclamation d'état*, on entend toute action tendant pour l'enfant à faire constater par la justice l'état qui ne lui est pas acquis en droit, sans distinguer s'il en jouit ou non en fait. L'enfant, dites-vous, n'a pas à réclamer ici son état, car il le possède; il n'a pas à se faire reconnaître judiciairement, car il a, dans sa possession même, une reconnaissance, et la plus entière reconnaissance... Que des gens du monde parlent ainsi, à la bonne heure; mais de la part de jurisconsultes, et de jurisconsultes aussi éminents que MM. Valette et Demolombe, c'est quelque chose d'étrange qu'un tel *quiproquo*, qu'une telle confusion du fait et du droit... En fait, oui sans doute la possession d'état de l'enfant naturel est une reconnaissance; en fait, tout le monde sait alors à quoi s'en tenir sur la filiation de l'enfant; en fait, il est connu et re-

connu aussi complétement que possible. Mais cette reconnaissance, si énergique en fait, est-elle aussi une reconnaissance en droit et légalement?... Vous savez bien que non, puisque la reconnaissance légale est uniquement celle que l'auteur a consignée *dans un acte authentique* (art. 334). L'ombre même du doute n'est pas possible à cet égard, en présence soit des textes du Code, soit des travaux préparatoires.

Et d'abord, la simple lecture des art. 334, 335, et 340-342, fait voir clairement que le législateur n'admet pas ici d'autre moyen de preuve que 1° la reconnaissance *par acte authentique,* ou 2° la *recherche judiciaire,* et que, par conséquent, il comprend bien sous ce nom de *recherche* l'action de l'enfant jouissant d'une possession d'état. C'est parfaitement évident, puisque l'art. 342, pour proscrire toute constatation judiciaire des filiations adultérines ou incestueuses, se contente de dire que dans ce cas la *recherche* de paternité ou de maternité est prohibée... Assurément, l'action qu'un enfant adultérin ou incestueux voudrait fonder sur sa possession d'état est proscrite par cet art. 342. Mais s'il en est ainsi, elle est donc bien aux yeux de la loi un cas de *recherche judiciaire.*

Si on se reporte maintenant à l'Exposé des motifs, on y voit encore et non moins clairement que la loi appelle recherche judiciaire l'action intentée en justice par l'enfant jouissant de sa possession d'état, aussi bien que l'action de tout autre enfant; que l'action est interdite envers le père, pour ce cas comme pour tout autre, par l'art. 340; et que le seul et unique moyen de preuve par rapport à ce père est bien la reconnaissance volontaire par acte authentique. « *La filiation,* y fut-il dit, *ne pourra jamais être établie contre le père que* PAR SA PROPRE RECONNAISSANCE; *et encore faudra-t-il que cette reconnaissance ait été faite ou* PAR L'ACTE MÊME DE NAISSANCE, *ou* PAR UN ACTE AUTHENTIQUE. » (Fenet, X, p. 72, 77, 79, 155 et 156.)

La doctrine que nous repoussons ici est donc une erreur manifeste, incontestable; et c'est dans ce sens, en effet, que la Cour suprême, récemment appelée à se prononcer pour la première fois sur cette question, a tranché la controverse, en cassant l'arrêt contraire de la Cour de Limoges. Cet arrêt de cassation, rendu, après le plus complet débat, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Nouguier (qui nous a fait l'honneur de lire aux magistrats les explications qui précèdent comme présentant la discussion la plus exacte de la question), nous paraît devoir fixer irrévocablement la jurisprudence, d'autant mieux que, quelques jours avant, la chambre des requêtes, dans une autre affaire, sans juger précisément la question, proclamait aussi les mêmes principes, tant par l'organe de son rapporteur que par les conclusions de M. l'avocat général Roulland (1).

---

(1) Req., 3 fév. 1851; Cass., 17 fév. 1851 (*Gaz. des Tribun.* du 5 fév.; le *Droit* du 4; Dev., 51, 161-167). — Nous engageons ceux à qui il resterait des doutes sur cette importante question, à lire la réfutation plus complète que nous avons donnée des deux systèmes contraires de M. Duranton et de M. Demolombe, dans la *Revue critique de la jurisprudence* (t. I, p. 150-165).

VII. — 92. Quant aux effets de la déclaration judiciaire, on sait déjà qu'ils sont les mêmes que ceux de la reconnaissance volontaire; en sorte qu'il faut rejeter tout ensemble la doctrine de Merlin, qui lui en donne beaucoup moins, et celle de M. Duranton, qui prétend lui en attribuer de plus grands.

La logique, d'abord, le veut ainsi; car dans la reconnaissance même volontaire, ce n'est pas la volonté de l'auteur qui est la cause directe des effets produits, c'est la qualité d'enfant désormais connue. Mais, s'il en est ainsi, qu'importe le moyen par lequel l'enfant se trouvera reconnu pour tel, pourvu que ce moyen soit légal? La cause, la qualité d'enfant naturel légalement connue étant la même, les effets seront donc les mêmes aussi.

La théorie du Code conduit forcément au même résultat; car la loi gardant ici un silence complet, il s'ensuit, ou qu'il faut donner à la déclaration du juge les effets accordés à la reconnaissance volontaire, ni plus ni moins, ou ne lui en attribuer aucun, ce qui serait absurde. Aussi une phrase que le Tribunat demandait à faire ajouter à l'art. 341, et qui n'a été écartée que comme inutile, disait : « L'effet de la preuve résultant de la recherche sera le même que celui de la reconnaissance. » (Fenet, X, p. 126.) (1)

VIII. — 93. C'est une question qui paraît très-délicate à beaucoup de jurisconsultes que celle de savoir si la mère d'un enfant peut être judiciairement recherchée contre lui. Ainsi, quand une femme a disposé entre-vifs ou par testament, au profit d'un enfant, d'une portion de biens plus grande que celle que la loi permet aux parents de donner à leurs enfants naturels (art. 908), les héritiers de cette femme peuvent-ils agir contre l'enfant pour prouver que cette femme est sa mère, et faire réduire par suite la donation ou le testament?... Nous n'hésitons pas à répondre non, malgré l'opinion d'auteurs très-recommandables (2).

En effet, nous avons vu que le législateur (qui, heureusement, est plus spiritualiste que certains ne l'ont cru) regarde la punition morale résultant du défaut de constatation légale de filiation comme plus sévère pour les auteurs et les enfants, comme plus conforme à l'intérêt des mœurs (parce qu'elle cache les désordres), comme plus digne de la loi, dès lors, que la punition matérielle frappant par l'argent. Le législateur, à tort ou à raison, a eu foi aux sentiments moraux de l'homme; et dès lors il a regardé la punition morale comme la première et la plus forte, et l'autre comme subsidiaire seulement (article 115, II). En conséquence, pour les grandes fautes, l'adultère et l'inceste, il a frappé de la première; pour les autres, il a permis d'échapper à la première en subissant la seconde.

---

(1) Chabot (art. 756, n° 7); R. de Villargues (n° 280); Duranton (III, 255); Demante (I, 526); Valette (II, p. 161); Demolombe (V, 539).

(2) Merlin (*Rép.*, v° Matern., n° 5); Pont (*Rev. de législat.*, XIX, p. 254); Richefort (III, 336); Zachariæ (IV, p. 73); Valette (II, p. 140); *Dict. not.* (v° Enfant naturel, n° 47).

Mais quand les parents et les enfants subissent la peine la plus sévère, de quel droit viendrait-on y ajouter la seconde? Quand la mère s'est condamnée à présenter son enfant comme un étranger, et que le fils a bien voulu ne pas réclamer son titre de fils, qui donc aura le droit de venir faire du scandale en divulguant des désordres que la loi préfère tenir cachés?... Le scandale, la loi le tolère quand c'est l'enfant qui récalme sa mère, parce que cet enfant a un intérêt moral, un droit sacré; mais le permettre *contre l'enfant* et contre l'intérêt social! ce serait le travestissement de la pensée du législateur (1).

RÉSUMÉ DU TITRE SEPTIÈME.

DE LA FILIATION.

N. B. — On sait que les indications d'articles, mises entre parenthèses dans chaque résumé, renvoient moins au texte qu'au commentaire des articles indiqués.

I. — La filiation est le rapport de génération qui existe de l'enfant à ses père et mère. Les diverses règles relatives à la filiation varient selon la qualité de l'enfant; or, on distingue deux grandes classes d'enfants : les enfants légitimes et les enfants naturels.

Il est cependant quelques règles qui sont les mêmes pour tous les enfants. Nous allons les indiquer d'abord; puis nous traiterons ensuite séparément, et dans deux chapitres distincts : 1° des enfants légitimes; 2° des enfants naturels.

II. — Les règles communes à tous les enfants sont au nombre de trois.

1° L'enfant qui ne jouit pas actuellement de l'état qu'il prétend être le sien peut réclamer sa qualité à quelque époque que ce soit. Réciproquement. Les ayants droit peuvent à toute époque contester à un enfant l'état dont il jouit : c'est-à-dire que les deux actions, en réclamation d'état et en contestation d'état, sont imprescriptibles pour ou contre l'enfant. L'état d'un enfant étant une chose indépendante de toute volonté de l'homme, il ne peut être l'objet d'aucune prescription (qui n'est qu'une renonciation tacite), ni d'aucune transaction ou convention quelconque (art. 328).

III. — Mais il en est autrement des droits pécuniaires attachés à cet état, lesquels s'éteignent par toute renonciation, et dès lors par prescription. Le droit de l'enfant, en effet, a un objet complexe, lequel est moral d'un côté et pécuniaire de l'autre (*ibid.*).

---

(1) *Conf.* Duranton (III, 242); Faustin-Hélie (*Th. du C. pén.*, V, p. 183); Demolombe (V, 527); Pont (*Rev. crit.*, t. II, p. 578); Massé et Vergé (I, p. 331, § 170, note 1); Amiens, 9 avr. 1821; Paris, 29 avr. 1844; Colmar, 4 mai 1844 (Dev., 44, II, 203 et note); Cass., 3 fév. 1851 (Dev., 51, I, 225; Dall., 51, I, 116); Orléans, 8 fév. 1855 (Dev., 55, II, 138); Caen, 1er mars 1860 (Dev., 61, II, 185).

IV. — 2° De ce principe découlent les règles d'après lesquelles l'action en réclamation d'état peut être exercée par les héritiers de l'enfant. En effet, pour ceux qui ne réclament pas leur propre état, et qui n'agissent que comme représentants, quant aux biens, de l'enfant à qui cet état appartenait, l'action n'est plus que pécuniaire.

V. — Donc, d'abord, l'action ne passe aux héritiers qu'autant que l'enfant n'y a pas renoncé formellement ou tacitement.

La renonciation tacite de l'enfant résulte du silence gardé par lui pendant cinq ans à partir de sa majorité. Si, donc, l'enfant meurt après vingt-six ans sans avoir agi, les héritiers n'ont pas l'action. Si cependant, après cet âge, l'enfant intente l'action et meurt pendant l'instance, cette instance peut être continuée par les héritiers, pourvu, bien entendu, qu'au moment du décès elle ne se trouve pas déjà éteinte par la péremption prononcée ou le désistement accepté (articles 329 et 330).

VI. — Le droit étant purement pécuniaire et faisant partie de l'hérédité, de la masse des biens, il appartient donc à tous ceux qui ont droit à la totalité ou à une quote-part de cette masse. Ainsi, non-seulement les héritiers légitimes, mais aussi les enfants naturels légalement connus, le conjoint survivant, l'État, les légataires universels ou à titre universel, les bénéficiaires d'une institution contractuelle faite au même titre, jouiraient tous de l'action; les successeurs particuliers en seraient seuls privés. Par la même raison, ceux des successeurs universels qui renonceraient à la succession en seraient privés également.

Les créanciers des successeurs universels pourraient exercer l'action du chef de leur débiteur.

L'action transmise aux successeurs universels s'éteint par leur renonciation et par la prescription, laquelle s'accomplirait par trente ans à partir de l'ouverture de la succession (*ibid.*).

VII. — 3° Toute action en réclamation ou en contestation d'état ne peut être jugée que par les tribunaux civils; et si une action criminelle relative à la question de filiation se poursuit lorsque commence l'action civile, ou vient à s'intenter dans le cours de cette action civile, elle doit rester suspendue jusqu'au jugement définitif sur la question portée devant la juridiction civile (art. 326 et 327).

Voyons maintenant les règles spéciales à chacune des différentes classes d'enfants.

CHAPITRE PREMIER.

DES ENFANTS LÉGITIMES.

VIII. — On appelle *légitimes,* en général, les enfants conçus ou fictivement réputés conçus dans le mariage, valable ou putatif, de leurs père et mère.

IX. — Il y a trois espèces d'enfants légitimes : 1° l'enfant légitime

rigoureusement dit : c'est celui dont les père et mère étaient mariés ensemble au moment de sa conception ; 2° l'enfant légitime improprement dit, ou tacitement *légitimé :* c'est celui dont les père et mère se sont mariés dans l'intervalle entre sa conception et sa naissance ; 3° l'enfant formellement légitimé : c'est celui dont les père et mère ne se sont mariés qu'après sa naissance.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA CONCEPTION EN MARIAGE ET DES ENFANTS LÉGITIMES PROPREMENT DITS.

X. — Puisque c'est la conception en mariage et du commerce des deux époux qui donne à l'enfant la qualité de légitime, il faut donc, lorsqu'une femme mariée accouche, rechercher quels sont et l'époque et l'auteur de la conception de l'enfant. Or, chacun de ces deux points restant couvert d'un voile impénétrable, c'est par des présomptions que la loi a dû procéder pour les déterminer.

XI. — Pour arriver d'abord à connaître l'époque de la conception, la loi pose en principe que toute gestation dure au moins cent soixante-dix-neuf jours révolus, et au plus trois cents jours révolus. Donc, l'enfant qui naît le cent quatre-vingtième jour du mariage, depuis et y compris celui de la célébration, ou postérieurement, est déclaré conçu dans le mariage; il en est de même de celui qui naît dans la trois centième journée après la dissolution du mariage, depuis et non compris le jour de cette dissolution, ou antérieurement. Si le premier naissait dès la cent soixante-dix-neuvième journée de la célébration, et si le second ne naissait que dans la trois cent unième journée après la dissolution, tous deux seraient conçus hors du mariage.

XII. — Une fois que l'enfant est reconnu avoir été conçu dans le mariage, il est présumé de plein droit avoir pour père le mari, et être légitime. Mais cette présomption de paternité du mari peut quelquefois être renversée par celui-ci. Il faut, pour cela, de trois choses l'une : ou 1° qu'il établisse une impossibilité physique, absolue, de cohabitation pendant les cent vingt et un jours auxquels la conception peut remonter, impossibilité résultant de la distance qui séparait les époux ou d'un accident à lui survenu postérieurement au mariage (il ne pourrait argumenter ni de son impuissance naturelle, ni d'une impuissance accidentelle existant dès avant la célébration, parce que, dans les deux cas, il y a eu mauvaise foi de sa part); ou bien 2° qu'il prouve tout à la fois une impossibilité morale de cohabitation, l'adultère de sa femme coïncidant avec la conception, puis le recel de la naissance de l'enfant ; ou 3° qu'il fasse cette même preuve d'impossibilité morale, alors qu'il s'agit d'un enfant né, en cas de séparation de corps prononcée ou seulement demandée, trois cents jours au moins avant l'ordonnance qui donne à la femme une résidence séparée, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande en séparation ou depuis la réconciliation, ou, enfin, depuis qu'aurait eu lieu une réunion de fait entre les époux (art. 312 et 313).

Le délai accordé au mari pour désavouer est, en général, d'un mois à partir de la naissance; mais la loi lui en accorde deux quand la naissance lui a été cachée, ou quand il était éloigné du lieu de l'accouchement; et ces deux mois ne courent qu'à partir de son retour ou de la découverte de la naissance. Du reste, il n'est pas nécessaire que le mari, dans ce délai d'un ou de deux mois, intente son action en justice; il lui suffit de passer, par acte extrajudiciaire, une déclaration de désaveu, et d'intenter ensuite l'action dans le mois qui suivra (art. 316 et 318).

Par l'expiration de ces délais, le désaveu devient impossible, parce que la loi voit dans le silence gardé une reconnaissance tacite de la paternité. Il deviendrait également impossible, non pas par une simple convention de ne pas poursuivre (laquelle serait sans effet aucun, parce que le droit du mari est purement moral), mais par l'aveu formel que le mari ferait de sa paternité. Le désaveu n'est pas permis quand l'enfant n'est pas né viable; ce serait alors un scandale inutile (art. 314).

XIII. — Quand le mari meurt, sans avoir agi, avant l'expiration du délai, et sans avoir passé d'aveu, le droit de désavouer appartient à ses héritiers. Mais en passant aux héritiers, ce droit change de nature: chez le mari, il était purement moral; chez les héritiers, au contraire, il devient un simple droit pécuniaire. Il faut donc appliquer ici tout ce qui a été dit au n° VI ci-dessus, sauf ce qui concerne la prescription de l'action (art. 317).

Les héritiers n'ont, en effet, pour déclarer le désaveu, qu'un délai invariable de deux mois; mais ce délai ne court que du moment où l'enfant leur conteste la possession des biens. Ils ont ensuite, comme le mari, un mois, à partir de la déclaration, pour intenter l'action en justice (*ibid.*).

XIV. — L'action, qu'elle soit intentée par le mari ou par ses successeurs, doit, quand l'enfant est encore mineur, être dirigée contre un tuteur *ad hoc* qui lui est nommé par un conseil de famille, composé seulement de ses parents maternels; si l'enfant est majeur, c'est contre lui-même qu'on la dirige. Dans tous les cas, la mère, si elle existe encore, doit être appelée en cause (art. 318).

XV. — L'enfant qui réclame ou à qui l'on conteste l'état de légitime a trois moyens, subsidiaires l'un à l'autre, d'établir sa filiation : 1° l'acte de naissance; 2° la possession d'état; 3° la preuve testimoniale.

XVI. — 1° Pour les enfants conçus en mariage, l'acte de naissance est en même temps l'acte de filiation. Ainsi, cet acte prouve que l'enfant est vraiment né de ceux qui y sont indiqués comme ses père et mère.

Il n'est pas même nécessaire que le père, lui, soit indiqué dans l'acte, pour que l'enfant lui soit attribué; il suffit de l'indication de la mère, puisque, quand celle-ci est connue, et qu'il est d'ailleurs constant (comme on le suppose) qu'elle était mariée lors de la conception,

la loi tire elle-même de ces deux faits la conséquence que l'enfant appartient au mari. Du reste, c'est à l'enfant qui veut se servir d'un acte de naissance à prouver son identité avec l'enfant qui y est dénommé, c'est-à-dire qu'il doit établir qu'il est bien celui dont la femme est accouchée. Dès que l'enfant a établi ce fait, il a par là même prouvé sa légitimité (art. 319).

XVII. — Mais cette preuve de légitimité n'a d'effet que jusqu'à la preuve contraire, laquelle peut toujours être proposée par les adversaires de l'enfant. Ainsi, sans parler du droit qu'auraient évidemment ces adversaires de contester le mariage (ce qui imposerait à l'enfant l'obligation d'en faire la preuve d'après les règles indiquées dans le Résumé *du Mariage,* n° XXXV), droit dont nous n'avons pas à nous occuper ici, puisque la loi suppose que le mariage est constant; en outre de ce droit, ces adversaires pourraient toujours prétendre, malgré l'acte de naissance, ou bien que l'enfant n'appartient pas à la femme, ou bien encore, une fois la maternité admise, qu'il n'appartient pas au mari de cette femme (art. 325).

La justification de la non-maternité peut se faire tantôt par la seule voie, si rigoureuse, de l'inscription de faux, tantôt par la simple preuve testimoniale. L'inscription de faux est nécessaire quand les adversaires prétendent que la déclaration de maternité, constatée dans l'acte par l'officier civil, ne lui a cependant pas été faite; il suffit, au contraire, d'un moyen quelconque de preuve, et notamment de la preuve par témoins, quand les adversaires soutiennent seulement que la déclaration, vraiment faite à l'officier, a été mensongère de la part des déclarants. Quant à la preuve de la non-paternité du mari, proposée après que la maternité est une fois constante, elle n'est possible que par le désaveu, dont les règles viennent d'être indiquées aux n°s XII et XIII (*ibid.*).

XVIII. — 2° Quand l'enfant n'a pas d'acte de naissance à présenter, soit parce qu'il ignore où cet acte se trouve, soit parce que l'acte a été mis hors d'état de servir, soit enfin parce qu'il n'en a pas été dressé; ou bien encore, quand l'acte est présenté, mais qu'il n'indique pas de filiation, alors l'enfant peut établir cette filiation en prouvant simplement qu'il est en possession de l'état d'enfant légitime des deux époux : c'est-à-dire que, pour être légalement tenu pour légitime, il suffit de constater un ensemble de faits desquels il résulte qu'il a été traité comme tel par ces époux, et qu'il a publiquement joui de ce titre dans la famille et dans la société (art. 320 et 321).

Ici encore la preuve contraire est ouverte aux adversaires, qui pourraient, par tous les moyens possibles, non pas seulement établir que la prétendue possession d'état n'existe vraiment pas, mais aussi, une fois que cette possession est reconnue, soutenir qu'elle est frauduleuse. Ainsi, ils pourraient prouver, ou qu'il n'est pas né d'enfant du mariage, ou que ceux qui en étaient nés sont tous morts, ou que c'est à l'un de ces enfants, encore existant, que le prétendant actuel a été substitué par les époux ou par d'autres. Il est clair, du reste, que ce

n'est jamais par un désaveu qu'il peut être question de combattre les conséquences de la possession d'état, puisque cette possession ne s'établissant que par des faits relatifs au mari comme à la femme, elle constitue de la part du premier l'aveu le plus complet de sa paternité (art. 325).

XIX. — La possession d'état n'est plus une preuve suffisante quand l'enfant, au lieu de n'avoir pas de titre de filiation, en a un qui se trouve en désaccord avec cette possession d'état. La seule ressource de l'enfant se trouve alors dans le troisième moyen, auquel nous arrivons.

XX. — 3° Quand l'enfant ne peut établir sa filiation ni par titre ni par possession d'état, la loi lui permet de le faire par témoins. Ceci s'applique à quatre cas. Ainsi, 1° quand l'enfant est sans titre (c'est-à-dire s'il n'a pas d'acte de naissance, ou si l'acte n'indique pas de filiation) et aussi sans possession; 2° quand il a un titre contraire à sa prétention, et pas de possession; 3° quand il n'a pas de titre et une possession contraire à sa prétention; 4° enfin, quand il a un titre et une possession contraires tous deux à sa prétention, et contraires aussi l'un à l'autre : dans ces quatre circonstances, l'enfant peut prouver son état par le témoignage. C'est à lui, alors, d'établir directement que la femme mariée qu'il dit sa mère est vraiment accouchée d'un enfant, et qu'il est bien cet enfant. Une fois que la maternité est ainsi établie par cette preuve de l'accouchement de la femme et de l'identité de l'enfant, la paternité en découle de plein droit et sans aucune preuve nouvelle (art. 323).

XXI. — Mais l'enfant n'est admis à cette preuve que sous la condition préalable d'avoir à son profit, ou un commencement de preuve écrit, ou de graves indices donnant de la vraisemblance à sa prétention.

Le commencement de preuve par écrit peut résulter soit des titres de la famille, soit des papiers domestiques des père et mère prétendus, soit enfin de tous actes émanés de personnes qui ont, ou qui auraient si elles vivaient, un intérêt contraire à celui du prétendant. Et sous ce nom vague d'*actes,* il faut comprendre même de simples lettres missives (art. 324).

XXII. — Les adversaires de l'enfant peuvent combattre par tous les moyens possibles, et sans aucune condition préalable, la preuve par lui donnée de la maternité de la femme. Que si cette maternité reste constante, ils peuvent encore, *et de la même manière,* combattre la présomption de paternité qui en découle. Ainsi, ils ne sont plus soumis, dans ce cas, aux règles rigoureuses du désaveu, et peuvent établir par tous moyens la non-paternité du mari (art. 325).

XXIII. — Mais il est un cas où l'état de l'enfant ne peut plus être attaqué ni par aucun adversaire, ni par lui-même : c'est quand cet état est établi par l'acte ne naissance et une possession conforme. La réunion du titre et de la possession rend l'état invincible, et alors même qu'un adversaire de l'enfant ou l'enfant lui-même offriraient de prou-

ver que ce titre et cette possession cachent la fraude et le mensonge, ils n'y seraient pas reçus (art. 332).

N. B. — Nous allons passer de suite aux enfants *légitimés formellement,* et nous ne parlerons des enfants légitimés improprement dits, ou *légitimés tacitement,* que dans la section III ; parce que la condition de ceux-ci tenant le milieu entre celles des deux autres classes, les règles qui les concernent seront mieux comprises en dernier lieu.

SECTION II.

DE LA LÉGITIMATION ET DES ENFANTS LÉGITIMÉS.

XXIV. — La légitimation est une fiction qui fait réputer conçu dans le mariage de ses père et mère, et par conséquent légitime, l'enfant né avant ce mariage. Elle s'opère de plein droit, à l'insu ou même contre le gré de ses parents, soit de l'enfant, par l'effet du mariage valable ou putatif des père et mère, quand même l'un des deux ou chacun d'eux, dans l'intervalle de la naissance à ce mariage, aurait contracté mariage avec une autre personne. Mais elle n'a lieu que sous ces deux conditions : 1° que dès avant le mariage ou au plus tard au moment même de la célébration, l'enfant soit connu légalement, et par l'un des deux moyens qui seront indiqués à la section I du chapitre II, pour l'enfant des deux époux; 2° que la conception de cet enfant n'ait été ni adultérine ni incestueuse, comme on le verra à la section II du même chapitre (art. 334).

Après le décès d'un enfant naturel qui a laissé des descendants légitimes (légitimes, *lato sensu,* bien entendu), sa légitimation s'opère au profit de ceux-ci sous les mêmes conditions (art. 332).

XXV. — L'effet de la légitimation, avons-nous dit, est de faire regarder l'enfant comme conçu dans le mariage. Ce n'est pas la célébration du mariage qui remonte fictivement au jour de sa conception ; c'est sa conception et sa naissance qui descendent fictivement au jour de la célébration. En conséquence, il n'est légalement légitime que pour le temps postérieur à cette célébration; en sorte qu'il ne pourrait réclamer, à ce titre, aucun droit ouvert avant ce moment, et qu'il serait légalement plus jeune que ses frères et sœurs légitimes nés du mariage intermédiaire de l'un de ses auteurs (art. 333).

XXVI. — En cas de contestation, l'enfant dont il s'agit, pour établir sa légitimité, n'aurait à prouver qu'une chose, savoir, qu'au moment de la célébration du mariage (que l'on suppose toujours constant), il était légalement connu pour l'enfant naturel de chacun des époux. Les règles relatives à cette preuve, et à la contestation qui pourrait en être faite, seront expliquées à la section I du chapitre II, où nous parlerons des enfants naturels.

SECTION III.

DE LA LÉGITIMATION TACITE ET DES ENFANTS LÉGITIMES IMPROPREMENT DITS.

XXVII. — L'enfant dont la conception a lieu hors mariage, mais

dont le père et la mère se marient pendant la grossesse de celle-ci, se trouve par là tacitement légitimé.

Comme cet enfant devient ainsi légitime dès le sein même de sa mère et naît avec cette qualité, il ne faut pas le confondre avec celui dont nous parlions à la section précédente. Le système des dispositions qui le concernent embrasse tout ensemble des règles relatives aux enfants légitimes proprement dits, et quelques règles relatives à la légitimation.

Ainsi, dans la légitimation tacite comme dans la légitimation formelle, 1° l'effet se produit de plein droit; 2° il faut que la conception n'ait été ni adultérine ni incestueuse; 3° l'enfant ne peut jamais réclamer, à titre de légitime, les droits ouverts avant la célébration.

Ces deux dernières règles amènent des différences importantes entre l'enfant tacitement légitimé et l'enfant vraiment légitime. Ainsi, 1° tandis que l'enfant adultérin ou incestueux en fait serait pleinement *légitime* en droit, si le mariage putatif de ses père et mère a précédé sa conception, ce même enfant ne serait ni légitime ni *légitimé* par le mariage putatif ou même valable que ses père et mère contracteraient avant sa naissance, mais après sa conception; 2° tandis que l'enfant légitime recueille tous les droits ouverts depuis sa conception, l'enfant tacitement légitimé perd tous ceux ouverts avant le mariage, quoique postérieurement à sa conception (art. 331 et 314).

XXVIII. — Mais il n'est pas nécessaire, dans la légitimation tacite, qu'une connaissance formelle de la filiation soit légalement acquise au moment de la célébration du mariage; la loi, lors de la naissance dans le mariage, et à côté de la maternité qui est certaine, tire elle-même par présomption, et avec effet rétroactif au jour du mariage, la connaissance de la paternité du mari. En conséquence, celui qui épouse une femme enceinte est, jusqu'à désaveu, le père de l'enfant qu'elle porte (art. 314).

Mais ici le désaveu résulte d'une simple dénégation de la paternité du mari. Toutefois, ce désaveu devient impossible dans deux cas : 1° quand il est prouvé que le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; 2° quand il a avoué sa paternité formellement ou tacitement, par exemple, en venant signer l'acte de naissance, en nommant un tuteur à l'enfant dans la prévoyance d'une mort prochaine, etc. Bien entendu, le désaveu est encore impossible, comme dans le cas de conception en mariage, quand l'enfant n'est pas né viable (*ibid.*).

XXIX. — Sauf la modification résultant de l'extrême facilité du désaveu, la filiation de l'enfant dont il s'agit ici suit, en cas de contestation, toutes les règles qui ont été indiquées pour l'enfant légitime proprement dit. Ainsi, par exemple, elle se prouve par l'un des trois moyens de l'acte de naissance, de la possession d'état et de la preuve testimoniale. En un mot, à part les différences dont l'indication forme précisément cette troisième section, il faut appliquer à l'enfant tacite-

ment légitimé tout ce qui a été dit dans la section I pour l'enfant rigoureusement légitime.

CHAPITRE II.

DES ENFANTS NATURELS.

XXX. — On appelle *naturels* les enfants qui ne sont pas conçus, et que la fiction de légitimation ne fait pas réputer conçus, dans un mariage valable ou putatif. On en distingue deux classes : 1° les enfants naturels simples; 2° les enfants adultérins ou incestueux. Chacune de ces classes suit des règles différentes que nous allons indiquer dans deux sections distinctes. Mais nous devons présenter d'abord une observation qui s'applique à tous généralement.

Il peut arriver fréquemment qu'un enfant naturel soit connu en fait pour appartenir à telle ou telle personne, sans que sa filiation soit établie par un moyen légal. Dans ce cas, si certaine que puisse être la filiation, sa connaissance n'existe pas en droit, et ne produit dès lors aucun effet juridique.

Il y a cependant une exception à ce principe : c'est en cas de mariage. La parenté naturelle, alors même qu'elle n'est connue qu'en fait, est un empêchement dirimant au mariage entre ascendants et descendants, et entre frères et sœurs (art. 161 et 162).

SECTION PREMIÈRE.

DES ENFANTS NATURELS SIMPLES.

XXXI. — On appelle ainsi les enfants issus de deux personnes qui, au moment de la conception, n'étaient ni mariées, soit entre elles, soit avec d'autres, ni parentes ou alliées entre elles au degré prohibé pour le mariage.

La loi permet d'établir juridiquement la filiation de ces enfants, et elle donne deux moyens de le faire : 1° la reconnaissance volontaire des auteurs; 2° la déclaration judiciaire intervenue sur la preuve faite en justice.

XXXII. — 1° La reconnaissance volontaire peut être faite dans quelque circonstance que ce soit, et par une personne n'ayant pas l'exercice de ses droits aussi bien que par toute autre; la seule condition requise, c'est qu'elle soit constatée dans un acte authentique. Ainsi, peu importe par quel officier cet acte est dressé, et peu importe aussi que la reconnaissance, au lieu d'être l'objet direct de l'acte, ne s'y trouve que par énonciation incidente (art. 334).

La reconnaissance, étant l'aveu d'un fait personnel et devant être toute volontaire, ne peut être passée que par l'auteur lui-même ou son mandataire spécial, en sorte que chacun des auteurs reste entièrement indépendant des déclarations que l'autre pourrait faire. Ainsi, l'indication que le père ferait de la mère sans procuration de celle-ci serait

insignifiante, et l'allégation faite par la mère que tel homme n'est pas le père resterait également sans effet (art. 336).

XXXIII. — 2° La reconnaissance forcée et la recherche qui doit y conduire ne sont permises absolument que par rapport à la mère ; la loi ne les autorise, quant au père, que dans un cas exceptionnel.

La recherche judiciaire de la paternité n'est permise que contre l'homme qui, à une époque coïncidant avec celle de la conception, s'est rendu coupable d'enlèvement ou de viol vis-à-vis de la mère. Sa paternité, déjà probable par ces circonstances, peut s'établir par tous moyens de preuve ; le prétendu père, de son côté, peut combattre cette allégation par tous moyens également. Du reste, ce n'est pas par la présomption légale indiquée pour la légitimité, mais par le témoignage des gens de l'art, et d'après les circonstances, qu'on déterminerait ici l'époque de la conception (art. 340).

Quant à la recherche de la maternité, elle est toujours permise. Pour y réussir, l'enfant doit prouver que la femme est bien accouchée d'un enfant à telle époque et qu'il est cet enfant. Il peut faire cette double preuve par tous les moyens possibles, et notamment par témoins ; mais sous la condition préalable d'un commencement de preuve par écrit (art. 341).

Un écrit ne pouvant constituer un commencement de preuve qu'autant 1° qu'il rend l'allégation vraisemblable, et 2° qu'il émane de l'adversaire, il suit de cette dernière idée que l'indication de maternité faite dans l'acte de naissance ne sera un commencement de preuve par écrit qu'autant qu'elle serait émanée d'une personne qui a, ou qui aurait si elle était vivante, un intérêt contraire à celui de l'enfant (*ibid.*).

Au reste, si la maternité naturelle peut toujours être recherchée par l'enfant, elle ne peut jamais l'être contre lui (*ibid.*).

XXXIV. — La reconnaissance volontaire d'un auteur prétendu, comme aussi la réclamation judiciaire d'un enfant, peuvent être contestées par toutes personnes ayant un intérêt soit moral, soit pécuniaire, à les critiquer (art. 339).

Les personnes ayant un intérêt moral sont : 1° l'enfant même que l'on reconnaît ou l'auteur contre lequel l'enfant réclame ; 2° le second auteur de ce même enfant ; 3° l'auteur avec la qualité duquel la reconnaissance ou la réclamation dont il s'agit se trouveraient contradictoires (*ibid.*).

L'intérêt pécuniaire existe, on le conçoit, chez tous ceux aux droits desquels nuiraient la reconnaissance ou la réclamation (*ibid.*).

XXXV. — Les effets de la reconnaissance, volontaire ou forcée, sont de deux espèces. Sous le rapport moral, l'enfant peut porter le nom de son auteur et se trouve légalement placé sous sa protection ; quant aux biens, il acquiert le droit de susceptibilité. Enfin, l'enfant devient susceptible de la légitimation, et se trouve en effet légitimé, si ces deux parents légalement reconnus viennent à se marier.

Toutefois, l'un de ces effets, le droit de susceptibilité, peut dispa-

raître ou se trouver modifié dans un cas. En effet, quand une reconnaissance volontaire ou forcée a lieu par rapport à un auteur actuellement marié, au profit d'un enfant qu'il a eu avant son mariage d'un autre que son conjoint, cette reconnaissance ne peut empêcher les enfants légitimes et le conjoint d'exercer, sur la succession de cet auteur, les droits qu'ils auraient exercés, à ce titre d'enfants légitimes ou de conjoint, si l'enfant naturel n'avait pas été reconnu. Le droit de successibilité de cet enfant naturel sera donc nul si, à la mort de l'auteur, il existe un enfant légitime, ou encore si le conjoint survivant a droit à la totalité de la succession, soit par le défaut d'héritiers légitimes, soit en vertu de son contrat de mariage; l'enfant naturel ne pourrait demander alors qu'une pension alimentaire. Ce droit de successibilité pourra être modifié seulement si le conjoint, par son contrat de mariage, n'est appelé qu'à une partie des biens. Enfin, ce même droit sera intact s'il ne reste, au décès de l'auteur, ni descendant légitime acceptant la succession, ni conjoint appelé à tout ou partie de cette succession par son contrat ou par la loi (art. 337).

Quant aux autres effets de la reconnaissance, ils subsisteront toujours dans ce cas particulier, comme dans les circonstances ordinaires (*ibid.*)

SECTION II.

DES ENFANTS ADULTÉRINS OU INCESTUEUX.

XXXVI. — On appelle *adultérin* l'enfant issu de deux personnes dont l'une ou chacune était, au moment de la conception, mariée avec une troisième, sans être unies entre elles par un mariage putatif. L'enfant *incestueux* est celui né de deux individus parents ou alliés au degré prohibé pour le mariage, et qui n'étaient ni mariés avec dispense, ni unis par un mariage putatif, au moment de la conception.

XXXVII. — La loi repousse toute contestation, soit volontaire, soit judiciaire, de la filiation de ces enfants. Ainsi, toute reconnaissance d'un père ou d'une mère, comme aussi toute réclamation de paternité ou de maternité, intentée dans l'intérêt de l'enfant ou contre lui, reste proscrite, quand elle doit conduire à une filiation adultérine ou incestueuse (art. 335 et 342).

Cependant, malgré cette prohibition absolue de la loi, la filiation adultérine ou incestueuse se trouvera quelquefois légalement connue par la force même des choses. Ainsi, 1° quand un désaveu sera admis contre l'enfant conçu dans le mariage, cet enfant sera connu pour adultérin vis-à-vis de sa mère; 2° quand un mariage sera annulé comme contracté au mépris d'un premier lien et qu'il y aura mauvaise foi des deux époux, les enfants conçus dans ce second mariage seront connus pour adultérins vis-à-vis des deux parents; 3° si c'est pour parenté ou alliance que le mariage contracté de mauvaise foi est annulé, les enfants qui en sont issus seront connus vis-à-vis des deux auteurs pour incestueux (art. 335).

XXXVIII. — Quand la filiation adultérine ou incestueuse se trouve

ainsi constatée légalement, l'enfant ne peut rien réclamer sur la succession de ses auteurs ; il a seulement droit à des aliments. Toute disposition faite en sa faveur par l'auteur, et qui dépasserait les limites d'une rente alimentaire, serait nulle (art. 762).

TITRE VIII.

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

(Décrété le 23 mars 1803. — Promulgué le 2 avril.)

94. L'adoption est un acte civil qui établit des rapports de filiation entre deux personnes étrangères l'une à l'autre d'après la nature. On comprend dès lors facilement la liaison de ce titre avec le précédent : après avoir parlé 1° de la filiation légitime, c'est-à-dire civile et naturelle tout ensemble, et 2° de la filiation naturelle seulement, la loi s'occupe ici 3° de la filiation purement civile. Quant à la tutelle officieuse, elle n'est, dans la pensée du Code, qu'un moyen de conduire à l'adoption.

On distingue l'adoption *entre-vifs* et l'adoption *testamentaire,* et la première se subdivise en *ordinaire* et *rémunératoire.* Les règles posées par la loi, soit quant au fond, soit quant à la forme seulement, varient pour ces trois espèces d'adoption.

Notre titre est divisé en deux chapitres. Le premier, intitulé *De l'Adoption,* traite dans deux sections, 1° des conditions et des effets, 2° des formes de l'adoption faite entre-vifs, soit ordinaire, soit rémunératoire ; le second, intitulé *De la Tutelle officieuse,* s'occupe de la tutelle officieuse, et aussi de l'adoption testamentaire.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ADOPTION.

SECTION PREMIÈRE.

DE L'ADOPTION ET DE SES EFFETS.

343. — L'adoption n'est permise qu'aux personnes de l'un ou de l'autre sexe, âgées de plus de cinquante ans, qui n'auront, à l'époque de l'adoption, ni enfants, ni descendants légitimes, et qui auront au moins quinze ans de plus que les individus qu'elles se proposent d'adopter.

344. — Nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux.

Hors le cas de l'article 366, nul époux ne peut adopter qu'avec le consentement de l'autre conjoint.

345. — La faculté d'adopter ne pourra être exercée qu'envers l'individu à qui l'on aura, dans sa minorité et pendant six ans au moins, fourni des secours et donné des soins non interrompus, ou envers celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots.

Il suffira, dans ce deuxième cas, que l'adoptant soit majeur, plus âgé que l'adopté, sans enfants ni descendants légitimes; et s'il est marié, que son conjoint consente à l'adoption.

346. — L'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté. Si l'adopté, ayant encore ses père et mère, ou l'un des deux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère, ou par le survivant; et s'il est majeur de vingt-cinq ans, de requérir leur conseil.

SOMMAIRE.

I. Neuf conditions exigées par le texte du Code pour l'adoption ordinaire.
II. Trois autres, d'après l'auteur, sont exigées par les principes généraux. Et d'abord, l'adoptant et l'adopté doivent avoir l'exercice des droits civils.
III. Il faut encore que l'adoptant ne soit pas prêtre catholique. Controverse.
IV. Il faut enfin que l'adopté ne soit pas l'enfant naturel légalement connu de l'adoptant. Controverse; variations de la Cour de cassation.
V. L'enfant légitime seulement conçu ferait obstacle à l'adoption.
VI. Observation sur l'obtention du consentement et la réquisition du conseil des père et mère. Relation avec les règles du mariage.
VII. Ce que c'est que l'adoption rémunératoire. Elle exige sept conditions. Double erreur de Toullier. Réponse à M. Demolombe.

I. — 95. Ces quatre articles, complétés par la disposition finale de l'art. 355, nous présentent les diverses conditions requises pour chacune des deux espèces d'adoption faite entre-vifs. Ces conditions sont au nombre de neuf pour l'adoption ordinaire, et de sept pour l'adoption rémunératoire.

Pour l'adoption ordinaire, la loi exige :

1° Que l'adoptant soit âgé de cinquante ans révolus (art. 343);

2° Qu'il ait quinze ans de plus que l'adopté (*ibid.*) ;

3° Que celui-ci n'ait pas été déjà, ou ne soit pas simultanément, adopté par un autre, si ce n'est par le conjoint de l'adoptant (344) ;

4° Qu'il ait reçu de l'adoptant, pendant six années de minorité, des soins et des secours non interrompus (345, al. 1) ;

5° Que le conjoint de l'adoptant, s'il n'adopte pas lui-même, consente (1) du moins à l'adoption (344) ;

(1) Il suffit que ce consentement intervienne avant que le tribunal soit appelé à vérifier si toutes les conditions prescrites par la loi ont été remplies; il n'est pas nécessaire qu'il soit donné au moment de l'acte passé devant le juge de paix. Poitiers, 28 nov. 1859; Cass., 1er mai 1861 (Dev., 61, II, 138; 61, I, 513).

6° Que l'adoptant n'ait, au moment de l'adoption, aucun descendant légitime (343) ;

7° Que l'adopté soit majeur (346) ;

8° Que, s'il a encore ses père et mère ou l'un d'eux, il obtienne leur consentement jusqu'à vingt-cinq ans, ou requière leur conseil après cet âge (*ibid.*);

9° Enfin, que l'adoptant jouisse d'une bonne réputation (355, 2°).

II. — 96. Mais, bien entendu, ces conditions ne sont pas les seules ; il en est d'autres que les principes généraux demandent, que la nature même des choses indique, et dont le législateur, pour cette raison-là même, n'a pas cru devoir parler.

Fallait-il dire que l'adoptant et l'adopté doivent jouir des droits civils ?...

L'adoption est un acte civil, elle confère des droits civils et à l'adoptant et à l'adopté (art. 349 et 350) ; il faut donc que l'un et l'autre aient la jouissance de ces droits. Ainsi, l'adoption serait nulle si elle avait lieu entre deux individus dont l'un serait ou mort civilement, ou étranger (1) ; à moins, dans ce dernier cas, que l'étranger n'eût obtenu en France la jouissance des droits civils (art. 13), ou qu'il n'existât entre son pays et la France des traités autorisant l'adoption (art. 11). Et puisque conférer l'adoption ou l'accepter c'est exercer un droit civil, ce n'est donc pas seulement la jouissance proprement dite, mais la jouissance *lato sensu,* c'est-à-dire l'exercice même des droits civils, qui est nécessaire.

III. — 97. Fallait-il dire encore qu'un prêtre catholique ne peut pas adopter?...

L'adoption a pour but de donner, aux yeux de la loi civile, la qualité d'enfant légitime ; or, pas plus aux yeux de la loi civile qu'aux yeux de la loi religieuse, le prêtre ne peut se donner d'enfant légitime, puisqu'il ne peut pas se marier (*voy.* Appendice de l'art. 164, n° VI). Sans doute, il pourrait avoir des enfants nés avant son ordination, mais la *génération* d'un enfant légitime lui est impossible. Or, l'adoption est précisément la génération civile, juridique d'un enfant légitime. — Si le législateur avait entendu qu'un prêtre pût adopter, il n'eût pas manqué de faire exception pour lui à la nécessité d'attendre l'âge de cinquante ans. Cette condition, en effet, a eu pour but d'empêcher que l'adoption ne détournât les citoyens du mariage, par la possibilité de se donner des enfants légitimes sans se marier. Mais pour le prêtre cette raison n'existerait pas, puisque le mariage n'est jamais possible pour lui ; si donc on eût voulu lui permettre d'adopter, on le lui eût permis à tout âge.

A la vérité, notre opinion a rencontré parmi les jurisconsultes une opposition presque générale. Un arrêt des Requêtes du 26 novembre 1844, jugeant cette question pour la première fois, a positivement déclaré

---

(1) Merlin (*Quest.*, v° Adopt., § 2); Duranton (III, 287); Zachariæ (IV, p. 6); Demolombe (VI, 48).

permise l'adoption par le prêtre; MM. Blondeau, Valette, Demante, Pardessus, de Vatimesnil, Dalloz, Loiseau, ont adhéré à une consultation, délibérée dans le même sens, par notre savant confrère M. Bonjean; enfin, M. Pont, dans sa critique si judicieuse de la jurisprudence civile, et M. Demolombe en dernier lieu (VI, 55), ont soutenu la même doctrine. On a d'ailleurs invoqué d'anciens canonistes qui enseignent que l'adoption par le prêtre n'est pas contraire aux lois ecclésiastiques; puis une lettre de M. l'archevêque de Paris, qui déclare qu'aucune décision du droit canon ne pourrait faire annuler une telle adoption; et enfin ce fait, rapporté par Prost de Royer, que « le pape Jean VIII adopta, en 878, au concile de Troyes, ce Boson qui, puissant par sa beauté et ses intrigues, devenu fils de celui qui donnait les couronnes, se fit nommer cinquième roi d'Arles. » (1)

Malgré ces autorités, notre conviction se refuse à l'abandon de notre opinion, énergiquement soutenue, lors de l'arrêt de 1844, par MM. Cormenin, Odilon Barrot et Ledru-Rollin (2).

Et d'abord, nous sommes peu touché de l'adoption du joli Boson par le pape Jean VIII; et qui pourrait l'être, quand on remarque que ce pape n'est autre que le misérable qu'on a cru être la papesse Jeanne? On ne doit pas l'être davantage de la doctrine facile de certains auteurs ecclésiastiques sur l'adoption par le prêtre, quand on les voit, ici, poser comme principe de droit naturel qu'un homme peut, pour empêcher la divulgation des actes déshonorants qu'il a commis, tuer celui qui serait sur le point de les faire connaître (3); en fait de dogme, établir savamment comme quoi *le Christ aurait pu se faire âne au lieu de se faire homme;* et proclamer, en morale, des règles que les hommes les plus corrompus n'oseraient pas avouer (4). Quant à l'avis mitoyen de M. l'archevêque de Paris, il faut bien remarquer que, tout en déclarant que l'adoption une fois accomplie ne saurait être invalidée, il reconnaît que *cette adoption est* CERTAINEMENT *contraire à l'*ESPRIT *de l'Église.*

Maintenant, pour ce qui est du fond de la question, nous croyons que partout on doit respecter l'*esprit* d'une règle autant et plus que sa lettre; et qu'un principe une fois admis, on doit rejeter, non pas seulement ce que ce principe repousse au moyen de déductions rigoureuses, mathématiques et formulées par *atqui-ergo,* mais aussi ce que le sentiment intime nous indique comme répugnant à ce principe. Or, le prêtre catholique ne pouvant pas procréer légalement des enfants légitimes, ne répugne-t-il pas qu'il puisse s'en donner par l'adoption?... Il nous semble, comme à M. Cormenin, que notre législation, en consacrant l'organisation sacerdotale du catholicisme, en consacre par là

(1-2) Deville (1844, I, 801-811); *Revue de législat.* (t. XXI, p. 507-518).

(3) Amicus (t. V, *De justitia et jure*, disp. 36, sect. 4, nos 76 à 118; puis, t. VI, disp. 24, sect. 4, nos 116, 128 et 130). On peut voir aussi Bauny, Filiutius, Molina, Lessius, Sanchez, Laiman, etc. — Amicus, résumant la doctrine des casuistes antérieurs, fait remarquer qu'en commettant le meurtre dont il s'agit, un religieux n'encourait pas même d'irrégularité !...

(4) *Ibid.*

même les conséquences; qu'aux yeux de la loi civile, dès lors, comme aux yeux de la loi ecclésiastique, le prêtre, qui ne doit pas chercher d'autre épouse que l'Église, ne doit pas se donner d'autres enfants que les pauvres; qu'en un mot, si le prêtre, comme le reconnaît une jurisprudence constante, est dans l'impossibilité légale de se procurer des enfants légitimes par le mariage, il est par là même dans l'impossibilité légale de s'en procurer par l'adoption.

IV. — 98. Fallait-il dire, enfin, qu'un individu ne peut pas adopter son propre enfant, quand cet enfant est légalement connu pour tel?

L'adoption étant un acte qui a pour objet de donner fictivement à une personne la qualité d'enfant, n'est-il pas clair qu'elle ne peut pas avoir lieu à l'égard de celui qui est l'enfant réel? n'est-il pas clair qu'on ne peut pas *faire devenir* enfant celui qui l'est déjà, et que, par conséquent, parler d'*adopter son enfant*, c'est rapprocher deux termes contradictoires, deux idées qui se repoussent l'une l'autre?

Les auteurs sont cependant très-divisés sur ce point (1), et la même contrariété se remarque dans la jurisprudence. La Cour de cassation, pour ne parler que d'elle, a donné sur cette question si grave un bien triste exemple d'instabilité. La Cour, chambre civile, après avoir déclaré l'adoption permise en 1841, en se fondant sur les motifs que présentent tous les partisans de cette opinion, l'a déclarée défendue en 1843; puis, par un dernier arrêt de 1846, revenant purement et simplement aux raisons qu'elle avait développées en 1841 et réfutées en 1843, elle l'a déclarée de nouveau conforme à la loi (2). C'est chose bien pénible, assurément, qu'un tel défaut de conviction; et il semble que la chambre civile devait, ne fût-ce que pour elle-même, maintenir sa doctrine de 1843, au moins pour donner lieu à un nouveau pourvoi dans la même affaire et faire ainsi arriver la question devant les chambres réunies. Là, chaque magistrat eût pu changer d'opinion sans compromettre la dignité de la Cour.

Au surplus, et si décourageants que puissent être de tels faits, l'amour de la vérité doit demeurer plus fort que tout autre sentiment, et nous devons tous rechercher franchement et attentivement la solution de ce point, qui paraît si difficile.

99. Tous les arguments présentés pour établir la validité de l'adoption de bâtard par l'auteur qui l'a reconnu se réduisent à ceci :

---

(1) *Contre l'adoption :* Maleville (I, p. 346); Chabot (art. 756, n° 34); Merlin (*Rép.*, v° Adopt.); Toullier (II, 988); Delvincourt (t. I); Loiseau (*Enf. nat.*, append., p. 10); Magnin (*Minor.*, I, 262); Pont (*Rev. de législat.*, t. I de 1846, p. 475); Molinier (*Revue de dr. franç.*, 1844, p. 171); Benech (dans une brochure entièrement consacrée à ce sujet); Demolombe (IV, 50-52); Massé et Vergé (I, § 175, p. 344, note 10). *Pour :* Grenier (n° 35); Duranton (III, 293); Proudhon et Valette (II, p. 217-220); Zachariæ (IV, p. 7); Dalloz (v° Adopt.); Duvergier (sur Toullier, *loc. cit.*).

(2) 28 avr. 1841, 16 mars 1843, 1er avr. 1846 (Dev., 41, I, 273; 43, I, 97; 46, I, 273). *Adde*, Paris, 13 mai 1854 (Dev., 54, II, 494); Cass., 3 juin 1861 (Dev., 61, I, 990; Dall., 61, I, 336). Ce dernier arrêt décide que l'adoption confère à l'enfant naturel, même à l'égard des autres enfants naturels reconnus de l'adoptant, tous les droits d'un enfant légitime.

1° Une incapacité ne peut jamais être prononcée si elle ne résulte de quelque disposition légale ; or, il n'existe aucune disposition qui prohibe directement ou indirectement l'adoption dont il s'agit... L'incapacité ne résulte pas non plus de la nature des choses ; et la prétendue impossibilité de donner civilement la qualité d'enfant à celui qui l'a déjà naturellement n'existe pas, puisque, à Rome, le père pouvait très-bien adopter son enfant naturel, ou même l'enfant légitime qu'il aurait émancipé.

2° On ne peut pas opposer l'art. 908, qui déclare que l'enfant naturel ne pourra jamais avoir les droits héréditaires d'un enfant légitime, tandis que l'adoption lui conférerait ces droits ; car précisément l'enfant au moyen de cette adoption ne sera plus un enfant naturel, mais bien un enfant civilement légitime, il y aura eu à son profit un changement d'état qui fera disparaître l'application, et par conséquent la prétendue violation de cet art. 908.

3° La légalité de cette adoption résulte de certaines circonstances de la confection du Code, et notamment de ce qu'un article qui la déclarait prohibée ayant été proposé, il a été rejeté comme contraire à la pensée du projet.

4° Enfin, déclarer impossible l'adoption de l'enfant naturel reconnu, ce serait gravement compromettre leur état ; car souvent l'auteur s'abstiendrait de la reconnaissance afin de pouvoir arriver plus tard à l'adoption, et pourrait mourir ensuite avant l'âge voulu sans qu'il y eût eu ni adoption ni reconnaissance. D'un autre côté, toutes les fois que la légitimation se trouve impossible, soit par la mort de l'un des auteurs, soit autrement, n'est-il pas juste que l'enfant puisse encore voir sa bâtardise effacée, et arriver aux droits de la légitimité par une adoption ? A défaut de la réparation complète que présente le mariage subséquent des père et mère, n'est-il pas bon d'obtenir au moins la réparation incomplète de l'adoption ?

Voici maintenant notre réponse et les motifs de notre conviction :

100. 1° On nous dit que la loi ne défend nulle part l'adoption du bâtard, et que par cela même elle reste possible comme elle l'était à Rome ! Mais on oublie donc à la fois et tous les principes du droit romain, et les idées les plus fondamentales de notre droit français, et tous les enseignements de la raison !

A Rome, les *seules* sources de la parenté civile étaient la conception en justes noces et l'adoption ; et quant au fait de la génération, il ne signifiait rien, alors même qu'il se trouvait légalement constaté. Ainsi, mes enfants simplement naturels, mais ceux vis-à-vis desquels ma paternité était certaine, parce que je les avais eus dans l'union licite connue sous le nom de *concubinatus,* n'étaient pas dans ma famille ; or, s'ils n'étaient pas dans ma famille, il n'y avait donc pas impossibilité à les y *faire entrer* par l'adoption. De même, la parenté civile se brisant à Rome par l'émancipation, et mon enfant émancipé n'étant plus légalement mon enfant, mais un étranger, il n'y avait donc pas impossibilité à le faire devenir mon enfant et à lui rendre, par une adoption, la

qualité qu'une émancipation lui avait enlevée. Où trouvez-vous quelque chose de semblable dans notre droit français? L'enfant naturel par vous reconnu régulièrement n'est-il pas votre enfant aux yeux de la loi? Sans doute, tant qu'il n'est pas intervenu un acte authentique et régulier de reconnaissance volontaire ou un jugement qui proclame sa filiation, cet enfant vous est légalement étranger, et son adoption par vous est dès lors possible, comme elle l'eût été à Rome; mais du moment que sa filiation et votre paternité sont légalement établies, n'est-il pas aux yeux de la loi votre fils? l'enfant légitime que vous émancipez ne reste-t-il pas, malgré cette émancipation, qui n'est plus chez nous ce qu'elle était à Rome, votre enfant sous le rapport juridique, comme sous tout autre rapport? Comment donc parlez-vous d'adopter l'un ou l'autre?

Le droit romain ayant été constitué *contra rerum naturam* (à ce point qu'il n'admettait pas de parenté entre une mère et son enfant, même en mariage légitime), l'adoption de l'enfant naturel par son auteur y trouvait place; mais notre droit français consacrant les principes de la nature, et l'adoption d'un enfant par son auteur étant impossible *ipsa rerum naturâ,* le Code n'a donc pas eu besoin d'en prononcer la proscription pour qu'elle reste défendue... Que deviennent donc et l'analogie que l'on veut tirer du droit romain, et le principe que ce que la loi ne défend pas reste permis? Sans doute, la chose non défendue par le droit positif reste possible si elle l'était déjà *naturâ rerum;* mais quand rationnellement et naturellement elle est impossible, comment veut-on qu'elle *reste* possible par le silence de la loi? Il est palpable, au contraire, qu'il faut alors une volonté spéciale et *ad hoc* pour *la rendre* possible. Donc, ce n'est pas à nous de trouver des textes ou des indices qui repoussent cette adoption; c'est à nos adversaires d'en indiquer qui manifestent tout spécialement la volonté positive du législateur de l'admettre dans le Code.

Cette volonté, nous verrons plus loin qu'elle était celle d'un premier projet conçu dans un tout autre esprit que celui qui est devenu notre titre; mais précisément, ce premier projet a été repoussé à cause des effets antinaturels qu'on y donnait à l'adoption, et le projet postérieur n'a été accueilli que parce qu'il était dépouillé de ces mêmes effets. Et n'est-ce pas avec raison qu'on l'a fait? Ce qu'on appelle adoption d'un bâtard n'est pas une adoption; ce n'est pas un acte *faisant devenir enfant* civilement la personne prétendue adoptée : c'est un acte faisant devenir civilement *légitime* un enfant *qui était bâtard.* Or, faire devenir légitime un bâtard, ce n'est pas adopter, c'est légitimer. Donc, accueillir le projet qui admettait la prétendue adoption des bâtards, c'eût été admettre, sous une rédaction menteuse, un second mode de légitimation; c'eût été démolir la règle qu'on venait de poser dans le titre précédent et d'après laquelle le bâtard ne peut être légitimé que par le mariage de ses père et mère. Nos législateurs n'ont-ils pas eu raison de respecter leur propre ouvrage, et de maintenir la règle si morale

qui n'efface la bâtardise qu'à la condition de l'hommage rendu à la sainteté du lien conjugal, blessée par la naissance de l'enfant?

2° Nous avons vu qu'il est impossible au même degré d'adopter un enfant naturel reconnu et d'adopter un enfant légitime émancipé; que l'acte d'adoption serait, dans un cas comme dans l'autre, insignifiant de la même manière et pour la même cause. Cependant, tout en reconnaissant impossible l'adoption de l'émancipé, on prétend permise l'adoption du bâtard ; or, chose remarquable, la circonstance qui fait réclamer cette dernière est précisément un second motif pour la rejeter.

Si, en effet, l'adoption du bâtard a trouvé tant de partisans, quand personne n'a songé à réclamer celle de l'émancipé, c'est parce que l'une aurait une utilité pécuniaire que l'autre n'a pas, en offrant à l'enfant le droit héréditaire dont il est privé. Or, c'est précisément là une seconde fin de non-recevoir contre cette adoption.

Qu'on le remarque bien, l'adoption du bâtard reconnu ne peut pas avoir pour but, dans la pensée de ceux qui la réclament, d'établir entre les deux personnes le rapport légal de père à enfant ; car ce rapport existe. Elle n'a pas pour but de donner à l'enfant le nom de son père ; car l'enfant l'a. Elle n'a pas pour but d'établir entre eux un droit réciproque aux aliments; car ce droit existe. Elle n'a en vue aucun objet moral, et ne se propose pour but *unique* que d'assurer à l'enfant la *fortune,* l'hérédité du père. Or, l'une des règles fondamentales de notre Code, l'une des règles les plus civilisatrices de notre droit, c'est celle des art. 757 et 908, qui consiste à séparer profondément les bâtards des enfants légitimes, en refusant aux premiers et le titre d'héritiers et l'obtention de la fortune entière à quelque titre que ce soit. Donc, la prétendue adoption du bâtard ne serait rien autre chose qu'un prétexte pour se moquer de la loi, qu'un échappatoire pour éluder l'une de ses plus graves prescriptions!

Et qu'on ne dise pas, par une de ces subtilités peu dignes d'une telle question, que la loi ne sera pas violée, puisque c'est seulement à l'enfant naturel que la loi refuse l'hérédité, tandis qu'ici ce ne serait pas par l'enfant naturel, mais par l'enfant adoptif, que l'hérédité serait obtenue. C'est là, d'abord, un cercle vicieux; car la réponse suppose l'adoption légalement accomplie, et notre argument consiste à dire que la disposition des art. 757 et 908 suffit pour prouver que le législateur n'a pas voulu admettre cette adoption. Mais allons plus loin; supposons un instant cette adoption légalement accomplie, pour rechercher les effets qu'elle pourrait avoir, et voyons si nos adversaires ne vont pas rencontrer encore dans cette nouvelle voie l'impossibilité légale qui les enveloppe de toutes parts.

On nous dit que, par l'effet de l'adoption, il y a eu changement d'état et transformation de l'enfant naturel en enfant adoptif. Eh bien, c'est une nouvelle erreur : il n'y a point eu changement, et le bâtard est toujours bâtard. Dans le premier projet de notre titre, ce change-

ment d'état existait : d'après le texte formel de ce projet, l'adoption avait pour effet de *faire sortir* l'adopté de sa famille naturelle, et en conséquence il devait *prendre le nom de l'adoptant à la place du sien* (art. 31 et 32; Fenet, t. X, p. 284); au contraire, dans le second projet, dans le Code, l'adopté *reste dans sa famille,* il est toujours ce qu'il était, et en conséquence il conserve son nom *en y ajoutant* seulement celui de l'adoptant (art. 347 et 348).

Ainsi le changement d'état que produit la légitimation et que devait produire aussi l'adoption du projet repoussé, l'adoption du Code ne le produit pas. Si le bâtard pouvait être adopté, ce ne serait qu'en demeurant toujours bâtard et sans pouvoir dès lors obtenir plus de biens que ne lui en donne l'art. 757; en sorte que nous arrivons ici (et cela devait être) à trouver l'adoption légalement inutile pour lui, comme elle est légalement impossible pour l'émancipé.

3° Comme dernière ressource, les partisans de l'adoption du bâtard reconnu ont invoqué les travaux préparatoires du Code.

En effet, un article déclarant que « celui qui a reconnu un enfant naturel ne peut l'adopter ni lui confier d'autres droits que ceux qui résultent de la reconnaissance » avait été rejeté les 16 frimaire et 4 nivôse an 10, sur le motif qu'une telle disposition était trop sévère, et que « le moyen ingénieux de faire succéder les enfants naturels comme enfants adoptifs et non comme bâtards conciliait la justice avec l'intérêt des mœurs » (Fenet, t. X, p. 281, 319 et 339); en sorte que si le projet qu'on discutait alors avait été adopté, la doctrine que nous combattons serait d'une vérité incontestable.

Mais ce projet de l'an 10, qui avait soulevé au sein même du Conseil la plus vive opposition, fut définitivement abandonné; et c'est après une interruption de plus de onze mois (du 12 niv. an 10 au 27 brum. an 11) que la discussion fut reprise (Fenet, p. 358).

Le projet avait trouvé tant d'adversaires, qu'on remit alors en question le principe même de l'adoption, et que la section de législation, sans attendre les détails, conclut unanimement au rejet en proposant une loi spéciale et transitoire sur les adoptions antérieurement accomplies (*ibid.*, p. 362). Le gouvernement consulaire (dont le chef, comme on sait, tenait fortement à faire consacrer le principe de l'adoption, comme il avait tenu à faire consacrer le principe du divorce) s'empressa, pour faire passer le principe, de renoncer aux idées de détail qui avaient excité le plus d'opposition, notamment à l'adoption du bâtard reconnu. Ainsi, dès le début, M. Treilhard explique que l'inconvénient de couvrir les avantages qu'on voudrait faire à ses enfants naturels n'existe plus : « En effet, dit-il, *si les enfants sont reconnus, ils ne peuvent être adoptés;* s'ils ne le sont pas, leur origine est incertaine. » (*Ibid.*, p. 372.) Le premier consul dit de même que l'effet de l'adoption sera « de donner des enfants *à celui qui en est privé.* » (P. 373.)

« Les citoyens *qui n'ont pas d'enfants,* dit l'Exposé des motifs, ni l'espoir d'en obtenir, se choisiront un appui... l'adoption sera *une*

quasi-paternité fondée sur le bienfait..... La condition de *services* préalables a paru essentielle dans le principe du contrat... » (P. 423, 428, 429 et 434.)

Dans le rapport au Tribunat, on lit : « Telle est l'adoption, qui, *à défaut du lien* que la nature a négligé de former ou a laissé rompre, vient en *créer* un pour unir *deux êtres jusque-là étrangers l'un à l'autre,* en donnant *à la bienfaisance* toute l'étendue de l'amour paternel. » (P. 437.)

Le tribun Gary, dans son rapport au Tribunat, nous dit à son tour : « Celui qui demande à la loi de lui *conférer le titre de père* doit en avoir les sentiments, et la preuve de ces sentiments *ne peut résulter que des services* accordés pendant six ans... L'adoption est un bien pour celui qui adopte ; *elle lui donne la qualité de père que la nature lui avait refusée...* L'adoption est l'image de la nature ; mais combien cette image est faible ! qu'il y a loin de *l'enfant du sang à l'enfant de son choix !* » (P. 466-477.)

Comment pourrait-il rester des doutes sur l'illégalité de l'adoption de l'enfant naturel légalement connu ?

4° Pour ce qui est des *considérations* que l'on fait valoir en faveur de cette adoption, il serait facile d'y répondre ; il serait facile de montrer combien elle serait peu morale, quoi qu'on en dise, et quelle rude atteinte elle porte à la dignité du mariage. Nous n'en voudrions pour preuve que le soin qu'ont pris toutes les législations nouvelles de la proscrire formellement (*voy.* les Codes prussien, sarde et bavarois, dans la *Concordance* de M. de Saint-Joseph), et aussi les résultats auxquels elle conduit. Cette doctrine, en effet, irait jusqu'à permettre l'attribution des droits de légitimité, au moyen de l'adoption, aux enfants incestueux et adultérins qui se trouvent connus pour tels, eux qui ne peuvent être ni légitimés, ni volontairement reconnus !... On a essayé de nier cette conséquence ; mais elle est cependant invincible, et M. Zachariæ l'avoue hautement !

Mais nous n'avons pas même à nous occuper de ce quatrième point, car, ainsi que nous l'avons déjà dit souvent, il ne s'agit pas de savoir ce que la loi aurait dû vouloir, mais ce qu'elle a voulu ; or, ce qu'elle a voulu n'est pas douteux en face de cette déclaration si nettement faite au conseil d'Etat : « SI LES ENFANTS NATURELS SONT RECONNUS, ILS NE PEUVENT PAS ÊTRE ADOPTÉS. »

V. — 101. L'une des conditions exigées pour l'adoption, c'est que l'adoptant n'ait aucun descendant légitime au moment où l'adoption se fait. Il s'agit d'un enfant légitime ; la présence d'un enfant naturel reconnu, mais non légitimé, ne suffirait pas (1) ; et quand même il viendrait à être légitimé peu de temps après la réalisation de l'adoption, comme la légitimation n'a pas d'effet rétroactif (art. 331, n° III), l'a-

---

(1) *Conf.* Paris, 20 avr. 1860 ; Cass., 3 juin 1861 (Dev., 60, II, 331 ; 61, I, 990) ; Demolombe (VI, n° 18) ; Massé et Vergé (I, § 175, p. 343, note 2) ; Aubry et Rau (IV, § 556, p. 636) ; *Dict. not.* (v° Adoption, n° 7).

doption n'en resterait pas moins valable. Quant à l'enfant adoptif, sa présence n'empêcherait pas l'adoption d'un autre; l'art. 348 le prouve, puisqu'il parle de plusieurs enfants adoptifs du même individu (alin. 3).

Du reste, il suffirait, pour empêcher l'effet de l'adoption, que l'enfant légitime fût conçu quand cette adoption a lieu, puisqu'il est de principe que l'enfant conçu a, par faveur, les mêmes droits que l'enfant déjà né : *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*. Ainsi, quand un enfant légitime naîtra à l'adoptant dans les quelques mois qui suivront l'adoption, et qu'il se trouvera prouvé que cet enfant était conçu lors de l'adoption, cette adoption que l'on croyait valable se trouvera avoir eu lieu en dehors des conditions légales et restera non avenue; à moins, bien entendu, que l'enfant ne naisse pas viable.

Mais comment saura-t-on, après la naissance de cet enfant, s'il était ou non conçu lors de l'adoption? Faudra-t-il appliquer ici la règle de l'art. 312, et dire que la conception antérieure à l'adoption sera prouvée par cela seul que la naissance aura lieu dans les dix mois qui suivent l'adoption?... Non, la règle de l'art. 312 n'est point un principe général; c'est une disposition d'exception et de faveur : la loi n'a pas dit dans cet article que l'enfant aurait *toujours et partout* la faculté de placer sa conception à tel moment qu'il voudrait choisir des dixième, neuvième, huitième et septième mois en avant de sa naissance; elle a dit qu'il le pourrait quand on lui disputerait sa légitimité. Or, comme les fictions légales n'ont d'effet que dans les circonstances pour lesquelles elles sont créées, celle dont il s'agit ici ne s'appliquera donc que quand la légitimité de l'enfant sera en question; partout ailleurs on se décidera par les circonstances de fait, par les renseignements des gens de l'art. Mais, bien entendu, la loi déclarant que dans aucune circonstance possible il ne peut y avoir de gestation durant plus de dix mois ou moins de six mois, il s'ensuit que, quand la naissance aura lieu après les dix mois depuis l'adoption, cette adoption restera toujours valable, et qu'au contraire elle sera toujours nulle quand la naissance aura lieu dans les six mois qui la suivront. (*Conf.* Demolombe, VI, 17.)

VI. — 102. La loi exige que l'adopté, quel que soit son sexe, quand il n'a pas vingt-cinq ans révolus, obtienne le consentement de ses père et mère, ou du survivant, si l'un d'eux est prédécédé. Cette règle diffère, comme on le voit, de celle portée pour le cas de mariage, puisqu'alors c'est dès vingt et un ans que la fille est dispensée de l'obtention du consentement. Mais, évidemment, ce n'est pas là une raison pour rejeter ici les dispositions de détail indiquées au titre *Du Mariage*. Ainsi, s'il y avait dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffirait, selon nous. Ainsi encore, si, au lieu d'être décédé, l'un des deux auteurs était, par une cause quelconque, dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement du second serait suffisant. Et puisque la loi ne demande que le consentement des père

et mère sans exiger, comme en cas de mariage, celui des autres ascendants à défaut des premiers, il s'ensuit que si tous deux étaient morts ou seulement dans l'impossibilité de manifester leur volonté, l'enfant majeur pourrait être adopté sans le consentement de personne ; c'est une seconde différence entre l'adoption et le mariage.

Après vingt-cinq ans et à quelque âge que ce soit, l'enfant doit requérir le conseil de ses père et mère, ou de celui des deux qui survivrait ou se trouverait seul en état de manifester sa volonté. Ici encore, il faut décider, par analogie des règles du mariage, que la réquisition devra se faire au moyen d'un acte respectueux, signifié par deux notaires ou par un notaire et deux témoins, et que l'adoption ne sera possible qu'un mois après la signification (art. 153 et 154); mais tandis que, pour le mariage, un acte unique ne suffit pour les enfants mâles qu'après l'âge de trente ans, ici, c'est de l'âge de vingt-cinq ans que cet acte suffira pour les fils comme pour les filles, ce qui constitue une troisième et dernière différence.

VII. — 103. Quant à l'adoption rémunératoire, elle est dispensée de quelques-unes des conditions exigées pour l'adoption ordinaire.

L'adoption rémunératoire est celle par laquelle l'adoptant veut récompenser les services que lui a rendus l'adopté. Mais il ne suffit pas de toute espèce de services pour que l'adoption soit permise à ce titre ; il faut que l'adopté ait sauvé la vie à l'adoptant, et de plus qu'il l'ait fait dans des circonstances qui augmentent encore le mérite du service rendu. Cette dernière idée ne peut pas être douteuse en présence de l'art. 345, qui, au lieu d'exiger seulement que l'adopté ait sauvé la vie à l'adoptant, ce qui eût été si simple à dire, demande qu'il l'ait fait *dans un combat,* ou en *le retirant des flammes ou des flots.* Mais, d'un autre côté, la raison se refuse à admettre, comme le fait Toullier (II, 989), que ces trois circonstances soient les seules qui permettent l'adoption rémunératoire. Quand c'est en se jetant sous le poignard des assassins qu'un jeune homme m'a sauvé la vie, son action n'est-elle pas aussi méritante que s'il l'avait fait dans un combat proprement dit? Si c'est en se précipitant au milieu des ruines d'édifices que le vent, un vice de construction ou toute autre cause font crouler, qu'il m'arrache à une mort certaine, son dévouement n'est-il pas aussi grand que celui d'un plongeur qui se jette à l'eau pour m'empêcher de me noyer ? L'art. 345 n'est donc pas limitatif; il présente seulement trois exemples, trois cas d'application, d'une règle générale, qu'il est facile d'en faire sortir : c'est que l'adopté m'ait sauvé la vie *par un acte de courage dans lequel il exposait la sienne.*

L'adoption rémunératoire est dispensée, par l'art. 345, des quatre premières conditions que nous avons indiquées au n° I. Ainsi, il n'est pas nécessaire 1° que l'adoptant ait cinquante ans ; 2° qu'il ait quinze ans de plus que l'adopté; 3° qu'il lui ait donné six années de soins en minorité; 4° enfin que l'adopté ne soit pas déjà, ou en même temps, adopté par un autre. Les *cinq* autres conditions restent exigées, et comme il faut de plus 6° que l'adopté ait sauvé la vie de l'adoptant en

exposant la sienne, et 7° que l'adoptant soit plus âgé que l'adopté, nous avons en tout sept conditions nécessaires pour l'adoption rémunératoire, à laquelle s'appliquent, on le voit, les explications que nous avons données dans les n°s II, III et IV.

104. Parmi les conditions exigées pour l'adoption ordinaire, et dont l'adoption rémunératoire est dispensée, nous rangeons la règle qui défend l'adoption d'une même personne par plusieurs. Cependant Toullier (II, 990), et après lui quelques autres jurisconsultes, notamment M. Valette (II, p. 198) et M. Demolombe (II, 70), enseignent que la condition de l'adoption par un seul est également exigée. Toullier n'en donne aucune raison ; d'autres disent que c'est parce que l'adoption doit imiter la nature, et qu'il serait absurde de donner au même enfant plusieurs pères ou plusieurs mères. Mais serait-il moins absurde d'avoir un père qui ne serait plus âgé que son enfant que de huit ou quinze jours ? La loi, cependant, permet l'adoption rémunératoire dès là que l'adoptant est *plus âgé* que l'adopté, et elle le dispense alors d'avoir quinze ans plus que lui ! Et maintenant, comment douter que l'art. 345 ait entendu faire remise de cette condition comme des trois autres ; comment douter qu'il applique sa dispense à l'ensemble des deux articles précédents, quand il prend la peine de reproduire celles des conditions déjà indiquées qu'il entend conserver, savoir : l'absence de descendants légitimes, puis le consentement du conjoint ?... Le 1er alinéa de l'art. 345 fait remise des six années de soins ; or si, après cette première dispense, le 2e alinéa n'avait voulu remettre que les deux conditions de l'âge de cinquante ans et de la différence de quinze ans entre les parties, il aurait dit seulement : *Il suffira que l'adoptant soit majeur et plus âgé que l'adopté ;* mais, puisqu'on répète deux autres conditions, exigées, l'une par l'art. 343, l'autre par l'art. 344, c'est donc que les mots *il suffira* sont écrits avec un sens absolu et que ce 2e alinéa présente la totalité des conditions nécessaires, sauf celles que pourront exiger des articles postérieurs.

M. Demolombe nous dit que les mots *il suffira* n'ont qu'un sens relatif à l'adoptant, et que la preuve en est dans les mots qui suivent « *il suffira* QUE L'ADOPTANT *soit*... » Mais, outre que cet argument repose sur une fausse base, puisqu'il procède comme si la loi disait : « *Il suffira,* POUR L'ADOPTANT, QU'IL SOIT... » quand elle dit, au contraire : « *Il suffira* (pour l'adoption, apparemment) QUE L'ADOPTANT *soit*... », M. Demolombe aurait d'ailleurs dû remarquer que, loin de prendre le sens absolu des mots « il suffira » pour *principe* de notre raisonnement, comme l'honorable professeur nous reproche de le faire, nous le présentons, au contraire, comme la *conséquence* de ce raisonnement, dont le principe est dans ce fait, que notre alinéa se réfère aussi bien à l'art. 344 (en exigeant l'assentiment du conjoint) qu'à l'art. 343, et que par conséquent il entend bien indiquer toutes les conditions nécessaires. Qu'importe après cela que les conditions dont il s'agit se trouvent être toutes relatives à l'adoptant? Tout ce qui s'ensuit, c'est que nulle condition (autre que celles des articles subséquents) n'est exigée ici re-

lativement à l'adopté... Et ce n'est pas seulement par la relation que notre texte présente avec l'art. 344, comme avec l'art. 343, que cette idée du législateur se trouve indiquée; elle perce clairement aussi dans les travaux préparatoires. « Un citoyen, dit l'Exposé des motifs au Corps législatif, sauve la vie à un autre... Qui n'applaudirait à la faculté qu'aura l'homme sauvé d'acquitter sa dette?... Ici *le sentiment entraîne,* et le premier mouvement porte *à rejeter* TOUTE *entrave,* TOUTE *condition,* dans un cas *si favorable*... CEPENDANT, ajoute l'orateur, s'il est des conditions qui peuvent être remises, il en est d'autres qu'on ne peut pas effacer; et il indique celles de notre article (Fenet, X, p. 430). Ainsi, dans la pensée intime de la loi, le cas est tellement favorable qu'il devrait en principe emporter dispense *absolue* de TOUTE condition, quelle qu'elle fût, et c'est par une espèce d'exception à ce principe de liberté illimitée que l'on maintient CEPENDANT quelques-unes de ces conditions ordinaires. Ceci ne nous donne-t-il pas le vrai sens des mots *il suffira?* et puisque les conditions qui demeurent nécessaires ne sont imposées que par une *exception* apportée au principe de liberté qu'on entendait faire aussi large que possible, n'est-ce pas à celles qui sont textuellement indiquées par notre article que l'on doit s'arrêter ?

Ainsi donc, les conditions voulues par l'adoption rémunératoire se trouvent, la première dans le 1er alinéa de l'art. 345, trois dans le 2e alinéa, deux dans l'art. 346, et la dernière dans le 2e alinéa de l'art. 355. Quant aux art. 343 et 344, ils ne s'appliquent qu'à l'adoption ordinaire (1).

347. — L'adoption conférera le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom propre de ce dernier.

348. — L'adopté restera dans sa famille naturelle, et y conservera tous ses droits : néanmoins le mariage est prohibé

Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants;

Entre les enfants adoptifs du même individu;

Entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant;

Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté.

349. — L'obligation naturelle, qui continuera d'exister entre l'adopté et ses père et mère, de se fournir des aliments dans les cas déterminés par la loi, sera considérée comme commune à l'adoptant et à l'adopté, l'un envers l'autre.

SOMMAIRE.

I. L'adoption produit cinq effets. — Explication des deux premiers.
II. Explication du troisième. Les deux autres sont indiqués par les articles suivants.

---

(1) Nous disons que l'alin. 2 de l'art. 345 n'exige que *trois* conditions, et nous n'avons ainsi compté que *sept* conditions pour l'adoption rémunératoire. C'est qu'en effet, le mot *majeur* fait double emploi avec ceux *plus âgé que l'adopté*, puisque cet adopté doit être majeur lui-même.

I. — 105. Ces trois articles, ainsi que les trois suivants, nous indiquent les effets de l'adoption, lesquels sont au nombre de cinq :

1° L'adoption confère à l'adopté le nom de famille de l'adoptant ; mais comme, en entrant civilement dans une nouvelle famille, l'adopté reste toujours dans sa famille naturelle, il ne perd pas son ancien nom, il le garde en y joignant le nom de son père adoptif (1).

Si l'adoption était faite par une femme mariée, ce serait son nom de fille et non pas celui du mari que l'adopté devrait prendre ; car il devient le fils de cette femme. et non pas le fils du mari.

2° L'adoption, ainsi que nous l'avions dit déjà au titre V (t. I), crée un empêchement au mariage : 1° entre l'adoptant et l'adopté, son conjoint ou ses descendants ; 2° entre l'adopté et le conjoint ou les descendants, même adoptifs, de l'adoptant.

Ainsi, le mariage reste permis entre l'adoptant et un enfant adoptif de l'adopté, entre les deux conjoints de l'adoptant et de l'adopté, entre le conjoint de l'adoptant et tout enfant de l'adopté, et réciproquement ; enfin, entre un enfant de l'adoptant et un enfant de l'adopté. Au reste, cet empêchement n'étant par rangé par le chapitre IV du titre *Du Mariage* parmi les causes de nullité, il ne forme donc qu'un empêchement prohibitif, et si, malgré la prohibition, le mariage se trouvait célébré, il resterait inattaquable.

Au surplus, de ce que la loi prohibe le mariage entre les deux enfants adoptifs d'une même personne, il n'en faudrait pas conclure par une prétendue analogie qu'on ne pourrait point adopter deux époux, comme le font Grenier (n° 36) et M. Duranton (III, 291). Le texte de la loi n'autorise pas cette prohibition, et son esprit ne la demande pas plus que son texte : l'intimité qui doit s'établir entre les enfants adoptifs d'une même personne aurait donné à craindre de tristes désordres, si toute idée de mariage entre eux ne leur avait été enlevée (explication de l'art. 162) ; ces craintes ne sont plus possibles quand il s'agit de deux personnes déjà mariées au moment de l'adoption (2).

Remarquons bien que, malgré la parenté fictive qui s'établit entre l'adoptant et l'adopté, l'*adopté reste dans sa famille*, et que dès lors c'est de ses ascendants naturels, et non du père adoptif, qu'il dépendrait pour son mariage.

II. — 106. 3° La dette d'aliments, que nous avons vue exister entre les ascendants et leurs descendants, existe aussi, par l'effet de l'adoption, entre l'adoptant et l'adopté, sans cesser, bien entendu, entre l'adopté et ses père et mère naturels (et aussi, évidemment, ses autres ascendants et ses alliés : si le Code n'a cité ici que les père et mère, on conçoit de reste que c'était pour établir la comparaison entre ceux-ci et les *père* ou *mère* adoptifs, seuls ascendants possibles par adoption). Il

---

(1) Jugé que l'enfant naturel adopté est tenu de joindre au nom de son père adoptif, que lui confère l'adoption, le nom propre qu'il portait auparavant. Bordeaux, 4 juin 1862 (Dev., 63, II, 6; *J. Pal.*, 63, 674).

(2) Zachariæ (IV, p. 7); Riffé (*Adopt.*, p. 57); Taulier (I, p. 148); Demolombe (VI, 56).

faut donc appliquer ici les règles que nous avons expliquées dans la seconde partie du chapitre v *Du Mariage,* sur la proportion dans laquelle les aliments sont dus (art. 208 et 209), et sur le mode suivant lequel ils doivent être fournis (art. 210 et 211). — Quant à la première partie de ce même chapitre v, elle est sans application ici. En effet, les art. 207, 206 et 205 posent le principe de la dette alimentaire entre *les parents légitimes et les alliés,* ce qui n'a plus trait à notre matière, et les art. 204 et 203 ne s'occupent plus de la dette alimentaire. Le dernier, comme nous l'avons dit déjà, et comme l'a expliqué au conseil d'État M. Réal, au nom de la section de législation, ne parle que du devoir d'éducation; or, ce devoir cessant quand l'enfant est *élevé*, et l'enfant adoptif étant toujours majeur, il est clair qu'il ne peut pas être question de ce devoir d'éducation dans les cas d'adoption. C'est donc à tort que M. Demante (t. I, n° 338) indique cet art. 203 comme applicable à notre matière. (*Voy.* plus haut, t. I, art. 203, n° II, et art. 207, n° I.)

Mais dans quel ordre les père et mère ou enfants adoptifs devront-ils les aliments, lorsqu'ils seront en présence de parents légitimes ou d'alliés qui les doivent aussi? — Pour l'enfant, comme il a vis-à-vis du parent adoptif le même droit de succession que l'enfant légitime lui-même, son obligation sera donc exactement la même, en sorte que, si l'individu qui se trouve dans le besoin avait deux enfants, l'un adoptif, l'autre légitime, ils lui devraient tous deux les aliments simultanément. Quant au père, au contraire (et il en est de même de la mère), comme il n'a aucun droit de succession sur les biens de son adopté, les principes demandent que les aliments ne soient exigés de lui qu'autant qu'il n'existerait aucun descendant ou ascendant légitime de l'adopté en état de lui en fournir. Mais ce père adoptif serait tenu de la dette avant aucun allié; car s'il n'a pas plus que les alliés le droit de successibilité, il a du moins, civilement, le titre de père, et c'est assez pour que son obligation soit plus étroite.

Enfin, l'adoption produit 4° pour l'adopté un droit à la succession de l'adoptant, droit qu'explique l'art. 350, auquel nous arrivons ; puis 5° au profit de l'adoptant et de ses descendants, sur les biens provenant de cet adoptant à l'adopté, un droit de succession que règlent les art. 351 et 352.

350. — L'adopté n'acquerra aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant; mais il aura sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption.

SOMMAIRE.

I. Quatrième effet de l'adoption : droit de succession pour l'adopté. Ce droit n'existe pas quant aux parents de l'adoptant.

II. Quant à l'adoptant, l'adopté a les droits d'un enfant légitime, et il peut, comme

lui, faire réduire les donations dépassant la quotité disponible. Erreurs étranges de Toullier, Grenier et Delvincourt.

III. L'adoption produit-elle l'effet indiqué par l'art. 960? Renvoi.

IV. L'adopté peut être représenté par ses descendants légitimes, mais non par ses enfants adoptifs ou naturels. — Ces mêmes enfants légitimes peuvent même succéder de leur chef à l'adoptant.

I. — 107. Cet article nous indique le plus important des cinq effets de l'adoption : c'est le droit, pour l'adopté, de succéder à l'adoptant comme s'il était vraiment son enfant légitime.

Trois règles, qu'il est important de bien saisir, sont posées à cet égard dans notre article : 1° l'adopté n'a aucun droit de succession vis-à-vis des différents membres de la famille de l'adoptant; mais, 2° par rapport à l'adoptant lui-même, il a, ni plus ni moins, les droits héréditaires d'un enfant légitime proprement dit; 3° enfin, c'est seulement les droits héréditaires, les droits ordinaires *sur la succession*, qu'il acquiert; les autres droits d'enfant légitime ne lui appartiendraient pas.

Et d'abord, il n'acquiert aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant. L'adopté ne reçoit la qualité d'enfant que par rapport à l'adoptant; il reste étranger à tous les membres de la famille. Ainsi, si les père, mère, ou autres ascendants de l'adoptant, ou ses frères, sœurs ou autres collatéraux, meurent après la mort de cet adoptant, ou pendant sa vie et avec renonciation de celui-ci à leur succession, l'adopté n'aura rien à prétendre sur les biens qu'ils laissent, tandis qu'il serait leur héritier s'il était enfant légitime. Ainsi encore, si un enfant légitime de l'adoptant (survenu depuis l'adoption; car on sait que celui qui serait né ou conçu avant cette adoption l'aurait rendue impossible) meurt et laisse des biens, l'enfant adoptif n'y aura aucun droit : il n'est pas réputé frère de cet enfant légitime, et si le mariage est prohibé entre eux, ce n'est pas pour parenté, mais pour d'autres raisons d'honnêteté publique.

II. — 108. Mais sur la succession de l'adoptant, l'enfant adoptif a les mêmes droits qu'un enfant conçu en mariage; par rapport à lui, il est civilement et par fiction un enfant légitime : il a donc tous les droits héréditaires ordinaires, tous ceux qui résultent des règles générales constituant le système légal des successions.

Par conséquent, s'il est seul lors de l'ouverture de la succession, il prendra seul la totalité des biens, à l'exclusion de tous collatéraux ou ascendants; s'il se trouve d'autres enfants adoptifs, il viendra concourir avec eux et partager par égales portions; il en sera de même s'il existe de vrais enfants légitimes (survenus après l'adoption). Donc encore, il aura droit à une réserve; et si, à la mort du père adoptif, un testament ou des donations entre-vifs avaient fait sortir de son patrimoine une portion de biens plus grande que celle dont la loi permet la disposition gratuite au préjudice du droit héréditaire des enfants, l'enfant adoptif, soit seul, soit en concours avec des enfants du mariage, pourrait faire réduire les legs ou donations, et faire rentrer dans la suc-

cession la quotité qu'un enfant légitime a le droit d'y trouver. Tout ceci ne peut pas être douteux en face de cette règle de notre article que *l'adopté aura, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits qu'y aurait l'enfant né en mariage.*

En présence d'un texte aussi positif, aussi clair, et dont les conséquences sont si naturelles, on doit s'étonner assurément de voir les auteurs tirailler la loi dans tous les sens pour lui donner les uns une interprétation, les autres une seconde, d'autres une troisième, d'autres une quatrième, et la violer tous à un degré plus ou moins haut.

M. Duranton, tout en *inclinant* à la décision que nous venons de donner, ne la trouve cependant pas bien établie, surtout en ce qui touche les donations que l'adoptant, avant l'adoption, aurait faites à son conjoint dans un contrat de mariage (III, 319). Toullier, lui, professe positivement que la réduction ne peut s'exercer sur aucune des donations faites, soit au conjoint, soit à d'autres, avant l'acte passé devant le juge de paix, conformément à l'art. 353 (II, 1011). Grenier va plus loin, et soustrait au même droit les donations faites entre la passation de l'acte devant le juge de paix et l'inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil, conformément à l'art. 359 (*De l'Adopt.*, n°s 26 et 40). Delvincourt dépasse encore ces idées : il enseigne que l'adopté ne peut faire réduire aucune donation, même postérieure à l'adoption. Enfin, Toullier, qui, comme on le voit, va beaucoup moins loin que Grenier et Delvincourt dans cette modification arbitraire du droit de réserve, se récompense d'un autre côté et devient plus hardi qu'eux pour diminuer la quotité que l'enfant peut prendre sur les biens réellement existants dans la succession. Il veut qu'en présence des ascendants du père adoptif, l'adopté, au lieu de prendre la totalité, comme le ferait un enfant légitime, ne prenne que la moitié, à l'instar d'un frère (art. 748 et 915), pour laisser un quart à l'ascendant le plus proche de chaque ligne! Il appuie cette décision sur l'autorité d'un texte, très-positif en effet, du *Code prussien!*

Nous n'avons pas besoin de répondre à tout ceci; nous n'avons pas besoin de nous inquiéter, soit du Code prussien, soit des systèmes contradictoires que chaque auteur a arrangés selon ses goûts particuliers; il nous suffit de dire, le Code à la main (le Code français) : « L'enfant adoptif a vis-à-vis de l'adoptant les *mêmes droits* héréditaires que l'enfant né en mariage. » Ainsi, l'enfant né en mariage a le droit, malgré la présence d'ascendants, de prendre la totalité des biens; donc l'enfant adoptif pourra prendre la totalité. De même, l'enfant né en mariage a droit de prendre à titre de succession, et comme hérédité qui ne peut jamais lui être enlevée par des dispositions gratuites, même antérieures à sa naissance, la moitié, les deux tiers ou les trois quarts des biens du père (selon qu'il est seul, ou qu'il doit partager avec un ou plusieurs autres enfants); donc, l'enfant adoptif pourra prendre cette moitié, ces deux tiers ou ces trois quarts.

109. Au reste, les erreurs que nous venons de signaler proviennent du faux point de vue sous lequel on a envisagé l'adoption. On l'a re-

gardée comme une affaire d'argent, comme une convention pécuniaire; Delvincourt dit formellement qu'elle n'est rien autre chose qu'une disposition gratuite des biens, qu'une institution contractuelle, qu'un don de la succession.

Si ce principe était vrai, il est clair que l'adopté ne pourrait pas faire réduire les donations antérieures à l'adoption; car, comment un donataire postérieur viendrait-il critiquer les droits des donataires antérieurs à lui? Dans ce système, Delvincourt aurait raison contre Toullier, quand il dit que l'adopté ne pourra pas même critiquer les donations postérieures; car, sa donation n'ayant pour objet que ce qui se trouvera dans la succession, comment pourrait-il réclamer des biens qui ne sont plus dans le patrimoine du mourant? Réciproquement, Toullier aurait raison contre Delvincourt, quand il prétend que l'adopté doit laisser à l'ascendant de chaque ligne son quart de réserve; car, l'adopté n'étant qu'un simple donataire, et les donations ne pouvant jamais entamer la réserve des héritiers, ces ascendants feraient réduire la donation de cet adopté comme toute autre donation. Toutes les erreurs critiquées plus haut deviendraient donc des vérités, et le seul tort à reprocher alors aux auteurs cités serait de se montrer inconséquents en n'acceptant, chacun, que telle ou telle partie de ces erreurs, qu'il faudrait accepter toutes. Il faudrait même aller plus loin, et dire que l'adoptant ne pourrait pas faire réduire les legs eux-mêmes. Car les choses dont un testament dispose ne sont plus dans la succession légitime; or, c'est seulement des droits de succession légitime que parle notre article. Delvincourt, qui accorde ce droit de faire réduire les legs, se met donc, ici encore, en contradiction avec son principe, et, de plus, avec ses explications sur les art. 351 et 747, où il reconnaît que les choses léguées ne font plus partie de la succession légitime.

Mais ce principe est complétement faux. L'adoption a *uniquement* pour objet direct de conférer la qualité d'enfant, et non pas de donner de l'argent; c'est l'attribution d'un droit moral, de laquelle les droits pécuniaires ne naissent que par contre-coup, par accident et accessoirement, comme dans la reconnaissance ou la légitimation des enfants naturels. Il est triste, en vérité, de voir ainsi, à chaque pas, travestir en systèmes matérialistes les idées toutes morales du législateur : Adoptions, questions d'argent; reconnaissances d'enfants, questions d'argent; séparations de corps, questions d'argent; mariages, questions d'argent!!! Eh! sans doute, les intérêts pécuniaires se trouvent en jeu dans ces actes moraux de la vie civile; mais en dehors de l'argent et au-dessus de l'argent, il y a bien quelque chose peut-être!... Et si pour Delvincourt l'adoption se réduit mesquinement à une *donation de biens,* pourquoi donc la définit-il lui-même un acte ayant pour but d'établir civilement les rapports *de paternité et de filiation?*... Il est palpable que de ces deux idées contradictoires la dernière est la vraie (1).

---

(1) *Conf.* Malpel (nº 162); Vazeille (art. 761, nº 5); Coin-Delisle (art. 913, nº 13);

III. — 110. Nous avions dit jusqu'ici : « C'est seulement pour les droits héréditaires que l'adopté est assimilé à un enfant légitime; et l'adoption, par conséquent, ne produirait pas l'effet indiqué par l'art. 960. Cet article déclare que, quand une donation a été faite par un individu qui n'avait pas d'enfant, cette donation se trouve annulée de plein droit par la naissance d'un enfant légitime, ou la légitimation d'un enfant naturel né depuis la donation. Or, ce n'est plus là un droit relatif à l'hérédité; il n'est plus question, pour l'enfant, de faire réduire ou annuler la donation, pour prendre la part de succession que la loi lui assure : c'est un droit qui se réalise entre-vifs et dans l'intérêt *actuel* et du père et de l'enfant; la règle a pour but de ne pas détourner du mariage et de la procréation d'enfants légitimes la personne imprévoyante qui, alors qu'elle ne pensait pas à se marier, s'est imprudemment dépouillée de tout ou partie de sa fortune. Aussi la règle profite tout autant au père (ou à la mère) qu'à l'enfant, et c'est même le premier qui reste l'arbitre et le maître de l'intérêt de l'enfant, puisque, après l'annulation accomplie, il peut donner de nouveau, soit à la même personne, soit à d'autres, les biens qui lui sont ainsi revenus (art. 964). Et puisque ce n'est pas là un droit de succession, l'adoption ne le produira donc pas, elle n'annulera pas de plein droit les donations antérieures. »

Cette doctrine, qui nous avait toujours paru incontestable, et qui est en effet unanimement admise par tous les auteurs, nous semble aujourd'hui fort douteuse, et nous en réservons l'examen et la discussion pour l'explication de l'art. 960.

IV. — 111. Les droits héréditaires, que nous avons indiqués au n° II comme appartenant à l'enfant adoptif, passeraient par sa mort à ses enfants ou descendants légitimes. En effet, d'après les art. 739 et suivants, tout descendant légitime a le droit de *représenter* son auteur défunt, c'est-à-dire qu'il jouit d'une fiction qui l'*identifie* avec cet auteur, en telle sorte que c'est cet auteur qui est réputé vivre toujours en lui. Donc, le descendant de l'adopté étant légalement, par la fiction de représentation, l'adopté lui-même, exercera tous les droits que cet adopté exercerait s'il vivait encore.

Mais un enfant adoptif de l'enfant adoptif n'aurait pas ce droit, puisque, comme on l'a vu au n° I, l'adoption ne donne pas seulement le droit d'arriver à la succession de l'ascendant, *même légitime*, du père adoptif. Notre article, en disant que l'adopté n'aura aucun droit de successibilité vis-à-vis des parents de l'adoptant, dit par là même que l'adoption ne produit pas le droit de représentation : l'adopté, dans sa famille adoptive, peut bien être représenté, mais il ne peut pas représenter lui-même.

Il en serait de même de l'enfant naturel de l'adopté; la reconnais-

---

Zachariæ (IV, p. 22 et 23); Valette (sur Proudh., II, p. 222); Duvergier (sur Toull.); Demolombe (VI, 160-162); *Dict. not.* (v° Adoption, n° 10); Montpellier, 8 juin 1823; Rej., 29 juin 1825; Paris, 26 mars 1839 (Dev., 39, II, 200).

sance ne rattachant l'enfant qu'aux père ou mère, sans aucune relation avec la famille de ceux-ci, il s'ensuit que l'enfant naturel n'a jamais le droit de représentation.

Mais les descendants légitimes de l'adopté pourraient-ils aussi succéder *de leur chef* à l'adoptant? Ainsi, que cet adoptant meure sans autres héritiers que son fils adoptif et un neveu, et que le fils adoptif renonce à sa succession, est-ce le neveu ou bien les enfants de l'adopté renonçant qui prendront la succession? Ces enfants, on le conçoit, ne peuvent pas venir ici par représentation; car on ne représente pas une personne vivante, on ne peut pas venir occuper une place qui n'est pas vacante (art. 744); eh bien, pourront-ils succéder de leur chef, en leur nom propre?

La décision peut paraître douteuse; car elle dépend d'une idée sur laquelle le Code n'est pas assez explicite : celle de savoir si l'adoption, qui rend certainement l'adopté fils de l'adoptant, rend aussi les enfants de l'adopté petits-fils de cet adoptant; si la parenté légale et fictive de l'adoption existe pour la postérité légitime de l'adopté, comme pour l'adopté lui-même. Nous croyons cependant, et malgré l'absence de textes formels, qu'on doit répondre affirmativement; nous croyons que, dans la pensée de la loi, la parenté civile existe entre l'adoptant et la descendance de l'adopté. Nous n'en donnerons pas pour raison l'empêchement au mariage qui existe entre eux; car cet empêchement existe aussi entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté, entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, entre l'adopté et les enfants de l'adoptant, lesquels cependant ne deviennent pas parents civils, en sorte que cet empêchement s'explique suffisamment par des considérations d'honnêteté publique. Mais il est d'autres éléments d'où l'on peut induire cette parenté civile : c'est la pensée, que la loi a dû supposer à l'adoptant, de s'attacher, comme descendance civile, la postérité de l'adopté; c'est la collation du nom de famille, lequel passera non pas seulement à l'adopté, mais aussi à tous ses descendants : c'est, enfin, que le droit de succession spéciale accordé à l'adoptant, par les deux articles suivants, sur les biens par lui donnés à l'adopté, n'existe que quand cet adopté ne laisse aucun descendant légitime. La réunion de ces circonstances nous paraît indiquer suffisamment que, dans la pensée du Code, la parenté fictive de l'adoption règne entre l'adoptant et les descendants de l'adopté; or, s'il en est ainsi, ces descendants auront donc, même de leur chef, sur la succession de cet adoptant, les mêmes droits que l'adopté lui-même (1).

351. — Si l'adopté meurt sans descendants légitimes, les choses données par l'adoptant, ou recueillies dans sa succession, et qui existeront en nature lors du décès de l'adopté, retourneront à l'adoptant ou à ses descendants, à la charge de contribuer aux dettes, et sans préjudice des droits des tiers.

---

(1) Contrà : *Dict. not.* (v° Adoption, n° 35).

Le surplus des biens de l'adopté appartiendra à ses propres parents; et ceux-ci excluront toujours, pour les objets même spécifiés au présent article, tous héritiers de l'adoptant autres que ses descendants.

352. — Si, du vivant de l'adoptant, et après le décès de l'adopté, les enfants ou descendants laissés par celui-ci mouraient eux-mêmes sans postérité, l'adoptant succédera aux choses par lui données, comme il est dit en l'article précédent; mais ce droit sera inhérent à la personne de l'adoptant, et non transmissible à ses héritiers, même en ligne descendante.

SOMMAIRE.

I. Cinquième et dernier effet de l'adoption : droit de succession pour l'adoptant et ses descendants. Ce droit est soumis à deux conditions.
II. L'adoptant ne succède qu'à l'adopté mort sans descendants légitimes, ou au dernier mourant de ces descendants. Un enfant adoptif de l'adopté ferait obstacle à ce droit de retour.
III. L'adoptant succède aux biens existants encore en nature, à l'action en reprise ou au prix encore dû.
IV. Il contribue proportionnellement aux dettes et ne peut critiquer les droits établis sur les biens.
V. Le droit de succession des enfants de l'adoptant prédécédé suit les mêmes règles, sauf deux différences.

I. — 112. La loi présente dans ces deux articles le dernier effet produit par l'adoption; c'est le droit, pour l'adoptant et ses descendants légitimes, de succéder à certains biens laissés par l'adopté ou sa postérité. Nous parlerons séparément, d'abord du droit de l'adoptant, puis de celui de ses descendants.

Et d'abord l'adoptant, lui, succède, à l'exclusion des ascendants ou des collatéraux de l'adopté, à tous les biens qu'il lui a donnés, quand il les retrouve, soit dans la succession de cet adopté mourant sans postérité (art. 351), soit dans la succession du dernier mourant des descendants de cet adopté (art. 352). Une disposition analogue se trouve écrite dans l'art. 747, pour les biens donnés à un descendant du sang par son ascendant.

Deux conditions sont requises pour que l'adoptant puisse reprendre les biens donnés, après la mort soit de l'enfant adoptif, soit du descendant de cet enfant : il faut 1° que le défunt ne laisse pas de postérité; 2° que les biens existent encore dans sa succession.

II. — 113. 1° Il faut que le défunt ne laisse pas de postérité. La présence d'un seul descendant légitime, à quelque degré qu'il fût, ferait obstacle au droit de l'adoptant. Mais faut-il absolument que ce soit un descendant légitime; et la présence d'un enfant adoptif ne suffirait-elle pas?

Le texte de l'art. 351, qui ne parle que de descendants légitimes, nous avait fait dire ici, dans notre première édition, que la présence d'un enfant adoptif de l'adopté défunt serait insignifiante et n'empêcherait pas l'adoptant qui survit à son adopté de succéder aux biens par lui donnés à cet adopté. Mais cette doctrine nous a ensuite paru

une erreur, et nous l'avons rejetée au n° III de l'art. 747. Sans doute notre art. 351 ne parle que des descendants légitimes, des descendants issus du mariage; mais cet article n'est pas le seul qu'il faille consulter. Celui qui précède immédiatement, l'art. 350, ne dit-il pas que, en matière de succession, tous les droits appartenant aux enfants issus du mariage appartiendront aussi à l'enfant adoptif? Donc, si l'enfant adoptif de l'adopté défunt ne trouve pas dans l'art. 351 seul le droit de repousser le père adoptif de celui-ci, il le trouve dans la combinaison de cet art. 351 avec l'art. 350.

Nous reviendrons sur cette idée au n° III de l'art. 747.

Nous avons dit, en commençant l'explication de notre article, que quand l'adopté meurt laissant des descendants légitimes, c'est seulement au décès *du dernier mourant* de ces descendants que l'adoptant peut reprendre les biens donnés. Ainsi, que l'adopté laisse deux enfants dont l'un vient à mourir ensuite sans postérité, ce ne sera pas l'adoptant, mais le second enfant de l'adopté, frère du défunt, qui prendra ceux des biens donnés qui se trouveraient dans la succession.

Il en serait de même si, au lieu de deux enfants, l'adopté avait laissé un petit-enfant, et un enfant qui viendrait à mourir; ce serait le petit-enfant, neveu du défunt, qui prendrait la succession entière. On ne peut pas avoir de doute sur ce point, quand on examine le texte de nos deux articles; le premier n'appelle l'adoptant que quand l'adopté meurt *sans descendants*, et le second demande que *les enfants ou descendants*, tous par conséquent, meurent eux-mêmes *sans postérité*. La pensée évidente de la loi est donc que l'adoptant ne pourra distraire de la succession générale des biens par lui donnés, que quand cette succession générale passera à des ascendants ou à des collatéraux de l'adopté.

On comprend de reste que si, à la mort de l'adopté ou de son descendant légitime, il restait encore des descendants, mais que ceux-ci renonçassent à la succession, l'adoptant donateur exercerait alors son droit; car, dans ce cas, il est vrai de dire qu'il n'y a plus de descendants *quant à la succession*.

III. — 114. 2° La seconde condition exigée pour que le père adoptif (et aussi le père naturel, dans le cas de l'art. 747) puisse reprendre les biens par lui donnés, c'est qu'ils existent encore en nature dans la succession du donataire ou du dernier mourant de ses descendants.

Le droit de retour consacré par nos articles n'est rien autre chose qu'un droit de succession, comme le prouve l'obligation de respecter les droits des tiers et de contribuer aux dettes du défunt; or, un héritier (à moins qu'il ne soit réservataire, et le père donateur ne l'est pas) n'a aucune espèce de droit sur les biens dont le défunt a disposé, soit entre-vifs, soit par testament. L'adoptant ne peut donc rien prétendre sur ceux des biens donnés que l'adopté mourant sans postérité, ou le dernier mourant de ses descendants, aurait ou aliénés de son vivant ou seulement légués; il n'a droit, comme tout héritier, qu'à ceux qui

se trouvent dans la succession *ab intestat*, dévolue aux successeurs légitimes, à défaut de l'expression légale de la volonté de l'homme (1).

Toutefois la loi, du moins quand le donateur est l'ascendant *légitime* du donataire, ne restreint pas le droit de succession au cas où les biens existent réellement dans le patrimoine libre du défunt; elle l'accorde encore quand le bien n'est pas sorti de ce patrimoine d'une manière irrévocable, et qu'on peut l'y faire rentrer, ou quand l'équivalent que son aliénation produit n'y est pas entré lui-même. Ainsi, quand il existe une action en révocation, en nullité, en rescision, en réméré, une action, en un mot, par laquelle on peut faire réputer non avenue l'aliénation réalisée, le donateur succède à cette action. De même, si le prix moyennant lequel le bien a été aliéné n'est pas encore payé, le donateur a le droit de le prendre (art. 747). Or, c'est dans ce même sens et avec cette même latitude que doivent être entendus, selon nous, nos deux articles, dont l'analogie nous paraît parfaite avec l'art. 747.

M. Duranton, qui admet cette décision pour l'action en reprise, la rejette quant au droit sur le prix encore dû. Sa raison est que le cas de l'art. 747 étant plus favorable que celui qui nous occupe, ce n'est pas par analogie qu'on peut décider : en sorte qu'on est réduit à n'argumenter que des principes généraux. Or, dit-il, les principes généraux permettent de regarder comme ayant encore un bien celui qui a une action pour le recouvrer; mais ils ne le permettent pas pour celui qui n'a droit qu'au prix de ce bien.

Ce raisonnement ne nous satisfait pas. Le premier alinéa de l'article 747 reproduit identiquement la règle de nos articles; si donc le législateur avait entendu que le droit à l'action était virtuellement compris dans nos articles, il l'eût vu par là même dans le premier alinéa de l'art. 747, et il ne l'eût pas placé dans un deuxième alinéa, à côté et même au-dessous du droit au prix. L'ensemble de cet article 747 commande donc, ou de rejeter ici l'un et l'autre droit, si l'analogie n'est pas reconnue, ou de les accepter tous deux, si cette analogie existe.

Or, à nos yeux, l'analogie est évidente et le cas de nos articles est plus favorable encore que celui de l'art. 747. Dans le cas de cet art. 747, en effet, le donataire étant l'enfant légitime du donateur, les héritiers de ce donataire mort sans enfants seront souvent ses frères ou ses neveux, c'est-à-dire des descendants légitimes du donateur; tandis que, dans le cas de notre article, les héritiers de l'enfant adoptif mort sans descendants seront complétement étrangers à l'adoptant. Or si, pour le prix de la chose, la loi pense que le donateur se préfère à ses

---

(1) C'est parce que l'héritier non réservataire n'a de droit que sur les biens dont le défunt n'a pas disposé, même par acte de dernière volonté, que Delvincourt (qui reconnaît cette doctrine incontestable, et qui d'ailleurs pense, à tort, que l'enfant adoptif n'a pas droit à une réserve, ni dès lors à une réduction) se montre inconséquent en accordant à cet enfant le droit de faire réduire les legs. Si l'enfant adoptif n'est pas réservataire, il ne peut pas plus faire réduire les legs que les donations; que s'il est réservataire, et il l'est certainement, il peut faire réduire les donations aussi bien que les legs.

propres descendants, comment penserait-elle qu'il ne se préfère pas à des étrangers?... C'est donc par *à fortiori* qu'il faut admettre ici l'idée de l'art. 747 (1).

IV. — 115. Au reste, ce droit de l'adoptant n'est, ainsi que nous l'avons dit déjà, qu'un droit de succession : cet adoptant ne prend les biens par lui donnés qu'à titre d'héritier, et, par conséquent, il est obligé de contribuer aux dettes et de respecter les droits concédés sur les biens.

Ainsi, on établira une proportion entre la valeur totale de la succession et celle des biens repris par lui, et il payera une fraction proportionnelle des dettes. Quant aux droits établis sur les biens, l'adoptant ne saurait les critiquer; ainsi, les hypothèques, les droits d'usufruit, d'usage, les servitudes de passage ou autres, conserveront l'effet qu'ils avaient contre le défunt et qu'ils auront contre tout héritier.

V. — 116. Maintenant, ce même droit de succession spéciale, en tant qu'il est accordé, non plus à l'adoptant, mais à ses descendants légitimes, ne présente aucune difficulté (2).

Ce droit, en effet, est le même que pour l'adoptant et se trouve régi par les diverses règles que nous venons d'expliquer, sauf deux différences dont l'une le rend plus avantageux, l'autre moins.

La première différence consiste en ce que le droit des enfants frappe sur un objet plus grand que celui de l'adoptant. En effet, ce n'est pas seulement sur les biens qui ont été donnés à l'adopté par l'adoptant que le droit s'exerce dans ce cas, mais aussi sur ceux qu'il a recueillis dans la succession de cet adoptant.

Mais ce droit aux biens provenus de l'adoptant, par donation, par testament, ou par succession légitime, ne peut être exercé par les descendants légitimes de l'adoptant (et c'est en cela que consiste la seconde différence) que sur la succession de l'adopté lui-même mourant sans postérité; il ne pourrait pas, comme le droit de l'adoptant, s'exercer sur la succession d'un descendant de cet adopté.

Sauf ces deux différences, nous le répétons, ce droit des enfants suit les mêmes règles que le droit du père adoptif lui-même.

SECTION II.

DES FORMES DE L'ADOPTION.

Nous avons déjà dit et nous faisons observer de nouveau que, malgré la généralité de cette rubrique du Code, il ne s'agit ici que des formes de l'adoption *faite entre-vifs*.

353. — La personne qui se proposera d'adopter, et celle qui voudra être adoptée, se présenteront devant le juge de paix du domicile

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Adoption, n° 47).

(2) Il ne peut être exercé par un autre enfant adoptif de l'adoptant. Bordeaux, 23 août 1854; Cass., 14 fév. 1855 (Dev., 54, II, 598; 55, I, 185). *Conf.* Aubry et Rau (V, § 608, p. 120, note 16). *Contrà :* Demolombe (VI, n° 174).

de l'adoptant, pour y passer acte de leurs consentements respectifs.

354. — Une expédition de cet acte sera remise, dans les dix jours suivants, par la partie la plus diligente, au procureur impérial près le tribunal de première instance dans le ressort duquel se trouvera le domicile de l'adoptant, pour être soumis à l'homologation de ce tribunal.

355. — Le tribunal réuni en la chambre du conseil, et après s'être procuré les renseignements convenables, vérifiera, 1° si toutes les conditions de la loi sont remplies; 2° si la personne qui se propose d'adopter, jouit d'une bonne réputation.

356. — Après avoir entendu le procureur impérial, et sans aucune autre forme de procédure, le tribunal prononcera, sans énoncer de motifs, en ces termes : *Il y a lieu,* ou *Il n'y a pas lieu à l'adoption.*

357. — Dans le mois qui suivra le jugement du tribunal de première instance, ce jugement sera, sur les poursuites de la partie la plus diligente, soumis à la Cour impériale, qui instruira dans les mêmes formes que le tribunal de première instance, et prononcera, sans énoncer de motifs : *Le jugement est confirmé,* ou *Le jugement est réformé; en conséquence, il y a lieu,* ou *il n'y a pas lieu à l'adoption.*

358. — Tout arrêt de la Cour impériale qui admettra une adoption, sera prononcé à l'audience, et affiché en tels lieux et en tel nombre d'exemplaires que le tribunal jugera convenable.

117. Ces différents articles ne demandent pas d'explication; leur texte est suffisamment clair. Nous y joindrons seulement quelques observations.

On voit qu'à chaque acte de la procédure, le droit d'agir est accordé à *la partie la plus diligente.* Ainsi, quoique l'acte de consentement passé devant le juge de paix ait été soumis au tribunal par l'adopté, le jugement de ce tribunal pourra être ensuite soumis à la Cour par l'adoptant, et réciproquement. Quant au mode suivant lequel ce jugement doit être soumis à la Cour, la loi ne l'indique pas, mais il est clair qu'il faut dire, par analogie, que la partie la plus diligente le remettra, avec les diverses pièces de la procédure, au procureur général. Il nous paraît également certain, quoique la loi ne le dise pas non plus, que les deux délais de dix jours et d'un mois, accordés aux parties, le premier pour saisir le tribunal, le second pour saisir la Cour, sont prescrits comme celui que va nous indiquer l'article suivant, à peine de déchéance, et qu'après ces délais expirés, il faudrait passer un nouvel acte devant le juge de paix : nous avons, pour le décider ainsi, l'analogie de l'art. 359, puis cette considération que la loi n'aurait pas pris la peine de préciser des délais qu'aucune sanction n'empêcherait de transgresser (1).

(1) *Contrà :* Grenoble, 7 mars 1849 (Dev., 50, II, 209); Demolombe (VI, n° 98); Aubry et Rau (IV, § 557, note 2).

Une dernière idée (que l'on a dû saisir à la seule lecture de nos articles), c'est que la loi a eu la précaution de ne donner aucune publicité à l'adoption que quand elle est permise d'une manière irrévocable, afin que le refus de la justice ne nuise point à la considération des parties. Ainsi, la décision du tribunal est toujours rendue en la chambre du conseil, alors même qu'elle est favorable, parce qu'elle pourrait être infirmée par la Cour ; il en est de même de l'arrêt de la Cour quand il rejette l'adoption : l'arrêt qui déclare y avoir lieu est le seul qui doive être rendu en audience publique (1).

359. — Dans les trois mois qui suivront ce jugement, l'adoption sera inscrite, à la réquisition de l'une ou de l'autre des parties, sur le registre de l'état civil du lieu où l'adoptant sera domicilié.

Cette inscription n'aura lieu que sur le vu d'une expédition, en forme, du jugement de la Cour impériale ; et l'adoption restera sans effet si elle n'a été inscrite dans ce délai.

360. — Si l'adoptant venait à mourir après que l'acte constatant la volonté de former le contrat d'adoption a été reçu par le juge de paix et porté devant les tribunaux, et avant que ceux-ci eussent définitivement prononcé, l'instruction sera continuée et l'adoption admise, s'il y a lieu.

Les héritiers de l'adoptant pourront, s'ils croient l'adoption inadmissible, remettre au procureur impérial tous mémoires et observations à ce sujet.

SOMMAIRE.

I. L'exercice des droits civils n'est exigé chez les parties que pour la passation de l'acte devant le juge de paix.

II. Mais la jouissance de ces droits est nécessaire jusqu'à la remise de l'acte au procureur impérial. Le décès d'une des parties arrivé postérieurement à cette remise est indifférent.

III. Si et comment l'adoption entre-vifs peut être révoquée entre les parties. Grave erreur de Toullier. Par quelle voie on pourrait la faire déclarer nulle.

I. — 118. L'adoption, on le sait, peut se réaliser de deux manières : ou par le testament de l'adoptant, ou par le contrat passé entre l'adoptant et l'adopté. C'est de l'adoption par contrat qu'il s'agit dans cette section. Le contrat d'adoption, comme tout autre contrat, se forme par le concours, régulièrement constaté, des volontés des deux parties ; or c'est l'acte passé devant le juge de paix qui constate ce concours des volontés, les consentements respectifs des parties (art. 353) ; c'est donc devant le juge de paix que se réalise l'adoption entre-vifs. Aussi le tribunal civil, et après lui la Cour, ne sont pas appelés à prononcer l'adoption, à conférer la qualité de père et d'enfant ; ils ont seulement mission d'examiner et de déclarer si les conditions de la loi ont été remplies, et *s'il y a lieu,* oui ou non, *à l'adoption* (art. 356 et 357), c'est-

(1) *Conf.* Cass., 22 mars 1848 (Dev., 48, I, 372).

à-dire si le contrat passé devant le juge de paix a formé ou n'a pas formé l'adoption. La preuve que cette théorie, indiquée par les principes généraux, est bien aussi celle du Code, et que la déclaration de la Cour qu'*il y a lieu à l'adoption* signifie que l'adoption s'est réalisée, et non pas qu'il est permis de la réaliser postérieurement, c'est que le seul acte qui suive cette déclaration, savoir, l'inscription sur les registres de l'état civil, suppose l'adoption déjà réalisée, puisque l'art. 359 nous dit qu'à défaut de cette inscription dans le délai voulu, l'adoption *resterait* privée de ses effets. C'est donc devant le juge de paix, nous le répétons, que se forme l'adoption ; et de là il suit qu'il faut, mais qu'il suffit aussi, que la capacité de consentir existe chez les deux parties lors de la passation de l'acte devant ce juge de paix ; c'est alors seulement qu'il faut exiger d'elles l'*exercice* des droits civils. Si donc, dès le lendemain de la passation de l'acte, l'une des parties ou toutes deux étaient atteintes de folie, cette privation de la raison, et par conséquent de l'exercice des droits civils, n'empêcherait pas l'autre partie, ou les représentants de l'une d'elles, de continuer la procédure.

II. — 119. Mais si l'adoption se réalise, se forme devant le juge de paix, ce n'est pas d'une manière parfaite et indépendante de tout événement postérieur ; ce n'est que conditionnellement. L'adoption, après sa naissance devant le juge de paix, est soumise, pour son efficacité, à la réalisation de trois conditions successives : 1° l'homologation du tribunal civil ; 2° l'homologation de la Cour ; 3° l'inscription sur les registres de l'état civil. Or, c'est aux parties, à l'une d'elles au nom de toutes deux, qu'est demandé l'accomplissement de ces conditions ; c'est par la partie la plus diligente, au nom de l'autre comme en son nom propre, que l'homologation de la justice et l'inscription sur les registres doivent être sollicitées. Il est donc évident que cet accomplissement des conditions, qui doit parfaire l'adoption, ne peut se réaliser efficacement qu'autant que les volontés antérieurement exprimées durent toujours, en sorte que si, après la passation de l'acte, on ne peut plus exiger la capacité réelle de consentir, la capacité de fait, l'*exercice* des droits civils, on doit exiger encore la capacité de droit, la *jouissance* de ces droits civils, c'est-à-dire la vie naturelle et civile des deux parties. Voyons maintenant jusqu'à quel moment cette jouissance des droits civils est nécessaire.

Les trois conditions exigées après la passation de l'acte devant le juge de paix sont de nature telle, que l'accomplissement des deux dernières rétroagit jusqu'à l'accomplissement de la première et se confond avec elle. En effet, quand le tribunal a homologué l'adoption et déclaré sa légalité, l'arrêt par lequel la Cour impériale homologuera à son tour ne constituera pas une décision nouvelle, ce sera seulement la confirmation, le maintien de la sentence des premiers juges. Quant à l'inscription sur les registres civils, il est clair qu'elle n'est pas un nouvel élément constitutif de l'adoption, mais seulement la publication, la notification de l'adoption faite et de la constatation judiciaire de sa lé-

galité. Mais, maintenant, cette homologation du tribunal, à laquelle viennent rétroagir et l'homologation de la Cour et l'inscription sur les registres, elle rétroagit elle-même au jour où l'acte passé devant le juge de paix a été remis au procureur impérial ; car il est de principe, ainsi qu'on l'a vu déjà, que toute déclaration judiciaire rétroagit au jour où elle a été demandée, au jour où le tribunal a été saisi ; or, c'est par la remise des pièces au procureur impérial que le tribunal est saisi en matière d'adoption.

Donc, en définitive, c'est au moment de la remise des pièces au procureur impérial que, juridiquement, seront censées s'être accomplies les conditions exigées postérieurement. Il en serait ainsi alors même que le tribunal déclarerait n'y avoir pas lieu, et que la légalité de l'adoption serait reconnue pour la première fois par la Cour ; car il est encore de principe que la prétention rejetée en première instance, et admise ensuite sur l'appel, produit effet rétroactif non pas seulement au jour de la demande formée en appel, mais au jour de la demande faite en première instance.

Donc, c'est à ce moment de la remise de pièces au procureur impérial, au moment où le contrat est porté pour la première fois aux tribunaux, qu'il est nécessaire et qu'il suffit de trouver chez les deux parties la *jouissance* des droits civils. Si dès le lendemain de cette remise des pièces, l'une des parties ou même toutes deux venaient à mourir, soit naturellement, soit civilement, l'instruction pourrait se continuer, à la diligence soit de l'autre partie, soit des héritiers de la partie défunte, ou de l'une des parties, défuntes toutes deux.

120. La théorie, quelque peu subtile mais exacte pourtant, que nous venons de présenter, est consacrée par notre article, qui déclare que quand l'acte de consentement mutuel est une fois *porté devant les tribunaux,* la mort de l'adoptant n'empêcherait pas l'admission de l'adoption. Le Code, il est vrai, ne parle que de la mort de l'adoptant ; mais, outre que la théorie est nécessairement la même que pour la mort de l'adopté, on s'explique, d'ailleurs, cette rédaction par la raison qu'un débat aurait eu lieu bien plus souvent entre l'adopté et les héritiers de l'adoptant qu'entre l'adoptant et les héritiers de l'adopté. En effet, l'adoptant, d'abord, sera d'un âge beaucoup plus avancé, et le cas de sa mort devra dès lors se présenter plus souvent ; ensuite, même en cas de mort de l'adopté, l'adoptant sera souvent disposé à conférer aux héritiers de celui-ci, lors surtout que ce seront des descendants, le bénéfice de l'adoption, tandis que les héritiers de cet adoptant n'auraient *jamais* manqué de critiquer cette adoption, si notre article n'avait pas existé. La loi s'est donc occupée *de eo quod plerumque fit ;* mais les principes demandent la même décision pour le cas réciproque.

III. — 121. Maintenant, et avant de passer au chapitre de la tutelle officieuse, voyons si et comment l'adoption faite entre-vifs pourrait être révoquée ou annulée.

Dès que le contrat d'adoption a été régulièrement passé devant le juge de paix, le lien est formé : l'obligation de chaque partie, quoique

conditionnelle, existe déjà et ne pourrait pas plus que toute autre obligation conditionnelle se briser par la volonté contraire d'une seule des parties. Mais depuis ce moment jusqu'à l'accomplissement de la dernière des conditions voulues, le consentement mutuel des deux parties peut très-bien dissoudre le contrat. C'est évident, puisqu'il ne tiendrait qu'à ces parties de s'entendre pour ne pas faire inscrire l'arrêt dans le délai de trois mois, ce qui suffirait, d'après l'art. 359, pour enlever tout effet à l'adoption.

Mais quand l'adoption est devenue parfaite par l'accomplissement de toutes les conditions requises, le commun accord de l'adoptant et de l'adopté ne peut plus l'anéantir ; ils ne le pourraient même pas en revêtant leur volonté nouvelle des formes qui ont accompagné la première, c'est-à-dire en passant devant le juge de paix un contrat qu'ils feraient ensuite homologuer par la justice. En vain dirait-on que l'adoption n'est qu'un contrat, et qu'un contrat peut toujours se dissoudre par les moyens qui ont pu le former : le mariage aussi n'est qu'un contrat, et il n'a jamais été permis de le rompre par les moyens offerts pour le former, même quand le divorce était admis. Or, l'adoption, quoique se réalisant au moyen d'un contrat, est vraiment un acte de l'état civil, qui produit fictivement et légalement les qualités de père ou de mère et d'enfant ; elle est donc irrévocable et indépendante de la volonté, quand elle est devenue parfaite par l'accomplissement de toutes les règles prescrites. Il faudrait évidemment un texte formel pour autoriser une semblable faculté. D'ailleurs, les discussions du conseil d'État ne laissent pas de doute sur l'irrévocabilité de l'adoption (Fenet, t. X, p. 247 à 477).

Malgré cela, Toullier (II, n° 1018) adopte l'opinion contraire et enseigne que le Code n'ayant pas défendu de dissoudre l'adoption, les tribunaux commettraient un excès de pouvoir en refusant de sanctionner la volonté nouvelle des parties ; c'est encore sur l'autorité du *Code prussien* qu'il fonde sa doctrine. Nous n'avons pas à combattre une pareille autorité, alors surtout que Toullier est obligé d'avouer qu'*on ne peut dissimuler que le conseil d'État a considéré l'adoption comme irrévocable*. L'autorité du conseil d'État, rédacteur de la loi, nous paraît plus forte que celle du Code prussien ! Aussi tous les auteurs ont-ils rejeté cette singulière idée de Toullier.

L'adoption ne pourrait pas non plus être révoquée pour ingratitude de l'adopté, à l'instar d'une donation (art. 955). Elle serait évidemment révocable pour cette cause, si, comme le prétend Delvincourt, elle n'était rien autre chose qu'une donation de la succession ; mais nous avons suffisamment démontré la fausseté de ce principe, dont Delvincourt lui-même, au reste, n'ose pas tirer ici les conséquences (*conf.* Grenoble, 2 mars 1842 : Dev., 43, II, 171).

Bien entendu, l'irrévocabilité de l'adoption n'empêcherait pas l'adopté d'être écarté de la succession de l'adoptant, s'il était dans l'un des cas d'indignité prévus par l'art. 727. Ce ne serait pas là révoquer l'adoption, effacer les qualités civiles de père et d'enfant ; ce serait,

tout simplement, traiter l'enfant adoptif comme on traite l'enfant légitime. L'adoption serait si peu révoquée alors, que les enfants de l'adopté pourraient succéder à l'adoptant; non pas par représentation de leur père, puisqu'on ne représente pas les personnes vivantes, mais de leur chef, s'il n'existait pas d'héritier plus proche qu'eux. L'indignité produirait, ni plus ni moins, les effets d'une renonciation.

Mais si l'adoption ne peut jamais être révoquée, il est clair qu'elle peut être déclarée nulle comme ayant eu lieu en dehors des conditions de la loi. Ainsi, si l'on prouve que l'adoptant a présenté un faux acte de naissance et qu'il n'avait pas cinquante ans; que l'adopté n'était pas majeur; que l'acte de consentement du conjoint de l'adoptant, ou des père et mère de l'adopté, était faux; que la prétendue circonstance dans laquelle l'adopté avait, disait-on, sauvé la vie à l'adoptant, est controuvée; qu'un enfant légitime de l'adoptant était conçu au moment de l'adoption, etc.; dans ce cas, les personnes intéressées moralement ou pécuniairement à critiquer l'adoption, savoir : le conjoint de l'adoptant, les père et mère de l'adopté, celle des parties qui aurait été dans l'erreur, et les héritiers de l'adoptant, pourraient faire déclarer nulle l'adoption ainsi réalisée en violation de la loi. Ici, comme dans le cas de mariage, les personnes ayant intérêt moral pourraient agir à toute époque, tandis que les héritiers de l'adoptant ne le pourraient que quand leur intérêt serait né et actuel, c'est-à-dire après la mort de l'adoptant. Et, puisque l'adoption est une pure fiction, une création du droit civil, une institution de faveur, tout exceptionnelle et permise en dehors des principes du droit naturel, il faut dire que, quand l'une des conditions exigées par la loi a manqué, l'adoption s'est trouvée impossible légalement; en sorte que, bien que réalisée en fait, elle est demeurée non avenue en droit et nulle de nullité proprement dite. Il suit de là que la nullité en pourra être proposée à toute époque et sans qu'aucune prescription puisse atteindre l'action des intéressés (1).

122. Les auteurs, sans présenter aussi complétement que nous venons de le faire les règles sur la nullité de l'adoption (car ils se contentent de parler de l'action en tant seulement qu'elle appartient aux héritiers de l'adoptant, et ne disent pas, même pour ceux-ci, combien de temps elle durerait), les auteurs, disons-nous, ne contestent aucune de ces règles; mais il s'en faut de beaucoup qu'ils soient d'accord sur la voie à suivre pour faire valoir cette nullité.

Les uns, notamment Toullier, enseignent que c'est par pourvoi en cassation qu'on doit proposer la nullité de l'adoption; d'autres veulent qu'on s'adresse à la Cour même qui a rendu l'arrêt, en formant devant elle une action principale; d'autres, qu'on saisisse cette Cour au moyen de la requête civile (C. pr., art. 480 et suiv.); d'autres, enfin, qu'on prenne la voie de tierce opposition.

---

(1) Comp. Paris, 13 mai 1854; Poitiers, 28 nov. 1859 (Dev., 54, II, 494; 61, II, 138); Cass., 1er mai 1861 (Dev., 61, I, 513; Dall., 61, I, 214).

Selon nous, tous ces systèmes sont erronés ; ils partent tous de cette idée fausse que, pour faire juger la nullité d'une adoption, c'est directement l'arrêt de la Cour qu'il faut attaquer, et dès lors agir par l'une des voies offertes pour faire tomber l'autorité de la chose jugée. Mais n'est-ce pas là une erreur capitale ? Les jugements et arrêts rendus en matière d'adoption ne sont pas des sentences judiciaires ; le mot y est, mais la chose n'y est pas. Qu'est-ce qu'un jugement ? une décision terminant un débat, vidant une contestation ; mais entre l'adoptant et l'adopté, il n'y a pas eu débat, contestation, procès enfin. L'adoption est un contrat, dont l'arrêt est l'homologation, la légalisation : l'arrêt n'est pas l'adoption, il n'en est que l'accessoire. Quand les tribunaux prononcent en matière d'adoption, ils ne terminent pas un procès, ils n'exercent pas leur juridiction contentieuse, mais une juridiction gracieuse et volontaire ; ils ne *jugent* pas. L'adoption, ce n'est pas l'*arrêt* homologuant le contrat : *c'est le contrat* homologué par l'arrêt. Donc, quand j'attaque une adoption, je n'attaque pas un arrêt, j'attaque un contrat. Donc je dois agir par une action ordinaire devant le tribunal de première instance du domicile du défendeur, sauf appel à la Cour dont ce tribunal dépend, absolument comme pour tous les autres contrats (1).

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE (ET AUSSI DE L'ADOPTION TESTAMENTAIRE).

361. — Tout individu âgé de plus de cinquante ans, et sans enfants ni descendants légitimes, qui voudra, durant la minorité d'un individu, se l'attacher par un titre légal, pourra devenir son tuteur officieux, en obtenant le consentement des père et mère de l'enfant, ou du survivant d'entre eux, ou, à leur défaut, d'un conseil de famille, ou enfin, si l'enfant n'a point de parents connus, en obtenant le consentement des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli, ou de la municipalité du lieu de sa résidence.

362. — Un époux ne peut devenir tuteur officieux qu'avec le consentement de l'autre conjoint.

363. — Le juge de paix du domicile de l'enfant dressera procès-verbal des demandes et consentements relatifs à la tutelle officieuse.

364. — Cette tutelle ne pourra avoir lieu qu'au profit d'enfants âgés de moins de quinze ans.

Elle emportera avec soi, sans préjudice de toutes stipulations particulières, l'obligation de nourrir le pupille, de l'élever, de le mettre en état de gagner sa vie.

365. — Si le pupille a quelque bien, et s'il était antérieurement

---

(1) *Conf.* Delvincourt (t. I) ; Duranton (III, 329); Demolombe (VI, 193); *Dict. not.* (v° Adopt., n° 59); Colmar, 21 juill. 1821 ; Cass., 22 sept. 1825 ; Nancy, 13 juin 1826.

en tutelle, l'administration de ses biens, comme celle de sa personne, passera au tuteur officieux, qui ne pourra néanmoins imputer les dépenses de l'éducation sur les revenus du pupille.

SOMMAIRE.

I. Rapport intime de la tutelle officieuse avec l'adoption.
II. En quoi consiste l'effet principal de la tutelle officieuse.
III. C'est toujours et uniquement quand la jouissance des biens de l'enfant n'appartient pas à son père ou à sa mère que leur administration passe au tuteur officieux.
IV. Quant à l'administration de la personne, elle lui appartient toujours.

I. — 123. On sait que, dans la pensée du législateur, la tutelle officieuse a pour but de faciliter et de préparer l'adoption. Ceci explique pourquoi la loi demande pour cette tutelle plusieurs des conditions exigées pour l'adoption : 1° l'âge de cinquante ans chez les tuteurs; 2° l'absence de descendant légitime; 3° le consentement des père et mère de l'enfant (ou, à leur défaut, du conseil de famille, de l'administration de l'hospice ou du conseil municipal, selon les cas); 4° le consentement du conjoint du tuteur. C'est pour cela aussi que l'enfant qu'il s'agit de prendre en tutelle officieuse doit avoir au plus quinze ans : il faut qu'il puisse recevoir les soins du tuteur pendant six années de minorité.

II. — 124. En outre de l'effet subsidiaire que la tutelle officieuse produit quant à l'administration des biens du pupille, elle a pour effet principal, aux termes du deuxième alinéa de l'art. 364, la double obligation imposée au tuteur, 1° d'élever, nourrir et entretenir le pupille jusqu'à sa majorité; 2° de le mettre en état de fournir plus tard à ses besoins, soit en l'adoptant, soit en lui procurant une profession ou un métier par lesquels il puisse gagner sa vie.

Cette double obligation, dont le Code va s'occuper de nouveau et déduire les conséquences dans les art. 367 et 369, constitue l'objet indispensable du contrat de tutelle officieuse; la supprimer, ce serait anéantir le contrat lui-même. Donc, les stipulations particulières dont parlent l'art. 364 et ces art. 367 et 369, lesquelles auront souvent lieu lors de l'établissement de la tutelle officieuse, ne pourraient pas avoir pour objet de décharger le tuteur de cette obligation, ou même de la diminuer; leur but sera seulement d'éviter toute contestation ultérieure en fixant à l'avance, au profit du pupille, des avantages qui remplacent ou dépassent l'effet de cette obligation imposée au tuteur par la loi même. Ainsi, le tuteur pourrait dire que, dans le cas où l'adoption n'aurait pas lieu, le pupille aurait, à partir de sa majorité, ou de la mort du tuteur arrivée avant cette majorité, une rente viagère de....., ou un capital de....., ou tel bien déterminé, etc.

III. — 125. C'est au tuteur officieux qu'appartient l'administration des biens que peut avoir l'enfant; mais seulement, dit l'art. 365, *quand l'enfant était antérieurement en tutelle*. Or, ces termes rendent mal la pensée de la loi; le tuteur pourrait avoir l'administration, bien que

l'enfant n'eût pas été en tutelle antérieurement ; et il pourrait réciproquement ne pas l'avoir, quoiqu'une tutelle antérieure existât. En effet, l'adoption elle-même laissant l'enfant dans sa famille et ne pouvant nuire en rien aux droits des père et mère, il en sera ainsi, à plus forte raison, de la tutelle officieuse ; or, l'un des droits du père pendant le mariage, et du survivant des père et mère après la dissolution du mariage, c'est d'administrer les biens de l'enfant dans leur propre intérêt et pour en garder les revenus (art. 348). Lors donc que l'un des deux parents sera mort et que l'enfant se trouvera ainsi en tutelle (art. 390), l'existence de cette tutelle n'empêchera pas le survivant des époux de conserver son usufruit légal sur les biens de l'enfant, et, par conséquent, le tuteur officieux ne prendrait pas alors l'administration de ces biens : par les mots *s'il était en tutelle,* le Code veut dire *s'il dépendait d'un tuteur qui ne fût que son tuteur, qui n'eût que les droits de tuteur, et qui ne fût pas en même temps son père ou sa mère.* Maintenant, et réciproquement, par des circonstances exceptionnelles et qui ne se présentent guère que pour des enfants naturels, il pourrait se faire que l'enfant qui a perdu ou qui n'a jamais connu ses père et mère n'eût pas de tuteur, parce que personne ne se serait occupé de lui en faire nommer un ; il est bien clair, cependant, que ceci n'empêcherait pas le tuteur officieux de prendre l'administration des biens *quand la jouissance de ces biens n'appartient pas au père ou à la mère de l'enfant.*

Au reste, la tutelle officieuse emportant de plein droit obligation de nourrir et d'élever le pupille (art. 364), il s'ensuit que, dans le cas même où l'enfant aura des biens, ce n'est pas sur les revenus de ces biens, mais de ses propres deniers, que le tuteur devra payer les dépenses d'éducation. Donc, dans le cas même où le pupille a des biens non soumis à l'usufruit légal du père ou de la mère, le tuteur officieux, quoiqu'il se trouve ainsi chargé de la tutelle ordinaire en même temps que de la tutelle officieuse, diffère cependant encore d'un simple tuteur ordinaire.

IV. — 126. Quant à l'administration de la personne, remarquons qu'elle n'est pas attribuée au tuteur pour le cas seulement où l'enfant était déjà en tutelle ; c'est seulement pour l'administration des biens que l'art. 365 exige cette condition. L'article signifie que dans ce cas l'administration des biens passera *aussi* au tuteur, avec l'administration de la personne, laquelle lui passe *toujours*. En effet, c'est précisément cette administration de la personne de l'enfant qui constitue la tutelle officieuse ; c'est toujours au tuteur, d'après l'art. 364, *de nourrir et d'élever* le pupille ; c'est par les soins qu'il donne qu'il peut étudier son caractère, voir s'il est digne de l'adoption, et se procurer ainsi, en continuant ces soins pendant six ans, l'une des conditions indispensables de cette adoption.

366. — Si le tuteur officieux, après cinq ans révolus depuis la tutelle, et dans la prévoyance de son décès avant la majorité du pu-

pille, lui confère l'adoption par acte testamentaire, cette disposition sera valable, pourvu que le tuteur officieux ne laisse point d'enfants légitimes.

SOMMAIRE.

I. Troisième et dernière espèce d'adoption. Elle n'est soumise qu'à trois conditions.
II. Elle ne devient irrévocable que par l'acceptation de l'enfant arrivé à sa majorité; mais elle produirait alors les mêmes effets que l'adoption entre-vifs.

I. — 127. Cet article nous présente le troisième et dernier mode d'adoption, l'adoption testamentaire, que nous avons annoncée en commençant l'explication de ce titre. Cette adoption exceptionnelle n'est soumise qu'à trois conditions : 1° que le testament ne soit fait qu'après cinq ans de tutelle officieuse ; 2° que le tuteur meure avant la majorité de l'enfant; 3° enfin, qu'il ne laisse pas d'enfant légitime en mourant.

1° Et d'abord, le testament ne doit pas, malgré l'opinion contraire de M. Odilon Barrot (*Encycl.*, v° Adopt., n° 63), être écrit avant cinq ans de tutelle. S'il l'était après trois ou quatre années, il ne produirait pas son effet, quand même le tuteur ne mourrait qu'après ce délai, sans l'avoir révoqué : le texte de la loi est formel, et nous sommes ici dans une matière exceptionnelle, où les conditions exigées ne sauraient être mitigées par la doctrine. Cette rigueur a d'ailleurs une raison facile à comprendre. La loi veut que le tuteur n'adopte que l'enfant qui en est digne; elle craint qu'après un court délai, avant d'avoir connu suffisamment l'enfant, un tuteur ne fasse, par un mouvement peu réfléchi, un testament que plus tard il n'aurait pas le courage d'anéantir ou de modifier, quoiqu'il en regrettât peut-être les dispositions. La répugnance que bien des personnes éprouvent à s'occuper de rédiger leurs volontés dernières, les empêche quelquefois de changer des dispositions qu'elles ne feraient pas, si elles n'étaient écrites déjà (1).

2° La seconde condition exigée, c'est que l'adoption se réalise, c'est-à-dire que le testament produise son effet par la mort du tuteur, pendant la minorité de l'enfant : c'est seulement *dans la prévoyance de son décès avant la majorité du pupille* que le tuteur, aux termes de notre article, peut l'adopter par acte testamentaire. C'est qu'en effet, ce mode tout privilégié n'est permis que quand le mode ordinaire est impossible, et si l'enfant devient majeur avant la mort du tuteur, c'est par ce mode ordinaire que l'adoption doit se faire, comme le dit positivement l'art. 368 (2).

Mais il faut entendre cette condition de minorité du pupille d'une manière raisonnable. La pensée de la loi, en autorisant l'adoption tes-

---

(1) Duranton (III, 304); Demante (*Thémis*, VII, p. 149); Zachariæ (IV, p. 26); Valette (II, p. 270); Demolombe (VI, 73); Cass., 26 nov. 1856 (Dev., 57, I, 129; Dall., 56, I, 388).

(2) Cass., 26 nov. 1856 (Dev., 57, I, 129; Dall., 56, I, 388); *Dict. not.* (v° Adopt., n° 29).

tamentaire, c'est de faire qu'après cinq ans de tutelle officieuse, le tuteur ne soit jamais dans l'impossibilité d'adopter l'enfant auquel il a donné ses soins dans ce but. Donc l'adoption testamentaire ne restera sans effet que quand il se sera écoulé, entre la majorité de l'enfant et la mort du tuteur, un délai suffisant pour réaliser l'adoption ordinaire. Ce délai, qui n'est pas précisé par la loi, devra être apprécié par les tribunaux d'après les circonstances dans lesquelles se sont trouvées les parties. (*Conf.* Demolombe, VI, 75.)

3° Il faut, enfin, que le testateur *ne laisse* en mourant aucun descendant légitime. Il importerait peu qu'il en eût au moment qu'il écrit le testament; et la doctrine contraire de MM. Taulier (I, p. 468) et Odilon Barrot (*Encycl.*, n° 50) est évidemment inexacte, puisque ce testament n'est qu'un projet qui ne doit se réaliser et conférer l'adoption qu'à la mort du testateur (1).

La loi ne requiert point pour l'adoption testamentaire l'homologation des tribunaux; et, en effet, cette adoption ne se réalisant qu'après la mort de l'adoptant et au moment, dès lors, où l'intérêt déjà né et actuel des héritiers de cet adoptant leur permet de la critiquer et de faire annuler le testament, il n'est guère à craindre, dans ce cas, qu'on la laisse se réaliser en dehors des conditions légales. La loi n'exige pas non plus le consentement du conjoint, parce que l'adoption ne doit avoir effet qu'à un moment où le mariage sera dissous et où le conjoint ne sera plus conjoint. Quant à l'inscription sur les registres, nous allons voir au numéro suivant pourquoi la loi ne l'exige pas non plus, quoiqu'elle puisse toujours être faite.

II. — 128. Ainsi, trois conditions seulement sont requises pour l'adoption testamentaire. Mais il est clair que, par l'accomplissement de ces trois conditions, l'adoption n'a pas lieu de plein droit; car il n'y a pas d'adoption possible sans le consentement de l'adopté. Il faudra que ce legs de la qualité d'enfant soit accepté par ceux qui représentent le mineur. Encore, la qualité de fils de telle personne étant une chose trop grave pour être jamais attribuée ou enlevée à un enfant, alors qu'il n'est pas en état d'en apprécier les conséquences, il faut dire que le mineur pourrait, à sa majorité, revenir sur ce qui aurait été fait; en sorte que les représentants du mineur ne pourront jamais accepter ni répudier d'une manière irrévocable. Comment la loi entendrait-elle investir d'une manière indélébile de la qualité de fils un enfant de onze ou douze ans, par exemple, elle qui ne permet pas l'adoption, même rémunératoire, avant la majorité de l'adopté?... Il est d'ailleurs un texte qui ne peut s'expliquer que par cette pensée du législateur, que l'adoption testamentaire ne deviendra irrévocable et définitive que par l'acceptation faite par l'adopté devenu majeur. En effet, la loi, qui se tait sur les effets de l'adoption testamentaire, prend la peine de dire (art. 368) que l'adoption du pupille *devenu majeur* produira tous les

(1) Duranton (III, 342); Demante (*Th.*, VII, p. 152); Zachariæ (IV, p. 27); Valette (II, p. 202); Demolombe (VI, 77).

effets indiqués au chapitre précédent; la loi entend donc qu'il y aura une certaine différence entre l'adoption testamentaire et l'adoption par contrat. Or, une adoption, dans quelque forme qu'elle se réalise, ne pouvant jamais avoir pour effet que d'attribuer la qualité d'enfant avec ses conséquences, la seule différence qui soit possible entre le cas qui nous occupe et les cas du chapitre précédent, c'est l'irrévocabilité qui existera dans un cas et n'existera pas dans l'autre. C'est sans doute à cause de cette révocabilité de l'adoption testamentaire, dont les effets pourraient disparaître après quelques années par la répudiation de l'enfant majeur, que la loi, sans défendre son inscription sur les registres, ne l'exige cependant pas. Il sera toujours temps que l'enfant devenu majeur la requière lui-même.

367. — Dans le cas où le tuteur officieux mourrait soit avant les cinq ans, soit après ce temps, sans avoir adopté son pupille, il sera fourni à celui-ci, durant sa minorité, des moyens de subsister, dont la quotité et l'espèce, s'il n'y a été antérieurement pourvu par une convention formelle, seront réglées soit amiablement entre les représentants respectifs du tuteur et du pupille, soit judiciairement en cas de contestation.

368. — Si, à la majorité du pupille, son tuteur officieux veut l'adopter, et que le premier y consente, il sera procédé à l'adoption selon les formes prescrites au chapitre précédent, et les effets en seront, en tous points, les mêmes.

129. Nous retombons ici dans l'adoption ordinaire, telle que nous l'avons expliquée au chapitre précédent, et à laquelle la tutelle officieuse avait pour but unique de conduire. Donc, les diverses conditions, les formes et les effets détaillés sous les art. 343 à 360 doivent s'appliquer ici. Si la loi, en proclamant expressément cette assimilation, ou plutôt cette identité, quant aux formes et aux effets, ne prononce pas le mot de *conditions,* on ne doit pas s'en étonner; puisque ce mot ne se trouve pas non plus dans les rubriques des deux sections du chapitre Ier, lesquelles sont intitulées : 1° *De l'Adoption et de ses effets;* 2° *Des Formes de l'adoption.* Cette identité ne peut pas être plus douteuse pour les conditions que pour le reste, puisque les *formes,* explicitement exigées ici, n'ont pour but que de garantir l'existence des conditions (art. 355). D'ailleurs, l'ensemble de notre titre fait clairement saisir la pensée complète du législateur, laquelle est évidemment celle-ci :

1° *En principe,* l'adoption, vu l'importance et l'irrévocabilité de ses effets, n'est permise qu'entre personnes vivantes et majeures, avec des conditions rigoureuses et des formes lentes et solennelles. Mais, 2° *par exception* et pour récompenser la bonne volonté d'un tuteur officieux que la mort va mettre dans l'impossibilité d'adopter d'après la règle générale, la loi permet une adoption moins parfaite, tombant sur un

mineur, et pour laquelle elle se contente de conditions et de formes plus faciles, parce qu'elle n'est pas irrévocable, l'enfant pouvant la répudier quand plus tard il deviendra majeur.

Donc, quand le tuteur officieux n'est plus dans le cas exceptionnel de l'adoption d'un mineur, quand c'est le pupille devenu majeur qu'il veut adopter, il tombe en plein dans la règle générale, dans le système unique et indivisible des principes de l'adoption régulière. Et comment la tutelle officieuse le dispenserait-elle de telle ou telle des dispositions de l'adoption ordinaire, puisqu'elle n'est rien autre chose qu'un moyen de conduire à cette adoption ordinaire? Comment serait-elle une cause d'exception à la règle, puisqu'elle n'est destinée qu'à amener l'application de cette règle?

369. — Si, dans les trois mois qui suivront la majorité du pupille, les réquisitions par lui faites à son tuteur officieux, à fin d'adoption, sont restées sans effet, et que le pupille ne se trouve point en état de gagner sa vie, le tuteur officieux pourra être condamné à indemniser le pupille de l'incapacité où celui-ci pourrait se trouver de pourvoir à sa subsistance.

Cette indemnité se résoudra en secours propres à lui procurer un métier; le tout sans préjudice des stipulations qui auraient pu avoir lieu dans la prévoyance de ce cas.

130. Il nous paraît, malgré l'opinion contraire de quelques auteurs, notamment de M. Demolombe (VI, 249), que le délai de trois mois, fixé par cet article, ne l'est pas contre le pupille et dans ce sens que, s'il n'a pas réclamé dans ce délai, il ne pourrait plus réclamer ensuite et serait déchu de son droit à une indemnité. Ce délai est seulement écrit en faveur du tuteur, qui ne peut pas être condamné avant l'expiration de ces trois mois. Le contexte de l'article prouve assez cette idée : il dit que le tuteur ne pourra être condamné qu'après les trois mois; mais non pas qu'il ne pourrait plus l'être après quatre ou cinq mois. Et, en effet, ce n'est pas parce que le pupille s'est montré plus facile, plus respectueux, en laissant au tuteur un délai plus long que celui qu'il a droit d'exiger, que ce pupille pourrait être puni et déclaré non recevable! La loi ne soumettant point l'action en indemnité à une prescription particulière, elle durerait en principe trente ans; sauf aux tribunaux à déclarer que telle ou telle circonstance présente une renonciation tacite de la part de l'enfant (1).

La loi ne dit pas, remarquons-le, que quand les réquisitions faites par le pupille seront restées sans effet, le tuteur *devra* nécessairement être condamné à payer l'indemnité; elle dit qu'il *pourra* l'être. Et en effet, si c'était la mauvaise conduite de l'enfant qui le rendît indigne de l'adoption et qui l'eût empêché d'ailleurs de profiter des dépenses

(1) *Conf.* Valette (sur Proudhon, I, p. 232); Duvergier (sur Toullier, II, 1035).

que le tuteur avait faites pour lui procurer une profession ou un métier, il est clair que le tuteur, à qui l'on ne peut alors reprocher aucune faute, ne devrait pas être condamné.

Il est, du reste, évident que cette indemnité serait également due dans le cas ou, le tuteur étant mort pendant la minorité du pupille sans l'avoir adopté, ce pupille se trouverait, par la faute du tuteur, hors d'état de gagner sa vie. Les héritiers du tuteur subiraient alors les obligations que notre article impose au tuteur lui-même. Et dans ce cas, comme l'adoption n'est plus possible, les héritiers du tuteur ne jouiraient pas du délai de trois mois accordé à celui-ci pour délibérer sur le point de savoir s'il doit adopter.

Il est inutile d'ajouter que dans le cas de notre article, comme dans le cas de l'art. 367, il n'y aurait aucune discussion possible sur l'exécution des obligations du tuteur ou de ses héritiers, si ces obligations avaient été fixées d'avance, et lors de l'établissement de la tutelle, par des stipulations spéciales.

370. — Le tuteur officieux qui aurait eu l'administration de quelques biens pupillaires, en devra rendre compte dans tous les cas.

131. C'est une question controversée parmi les auteurs que de savoir s'il faut appliquer à la tutelle officieuse les règles générales de la tutelle ordinaire. Ainsi, y aura-t-il dans ce cas un conseil de famille (art. 407)? nommera-t-on un subrogé tuteur (art. 420)? le tuteur sera-t-il grevé d'une hypothèque légale (art. 2121)?... Cette question nous paraît bien simple à résoudre, au moyen d'une distinction qui résulte de la nature même des choses.

En effet, la tutelle *officieuse* ne peut pas être confondue avec la tutelle proprement dite : celle-ci est une charge que la loi, par d'impérieuses circonstances, impose forcément, sous des conditions rigoureuses et indispensables à la bonne administration des biens des mineurs ; l'autre est un pur acte de bienfaisance par lequel un individu s'oblige bénévolement d'élever à ses frais un enfant qu'il espère adopter plus tard. On ne peut donc pas, dans le silence de la loi, transporter d'un cas à l'autre des rigueurs qui sont nécessaires dans le premier et complétement inutiles dans l'autre. Ainsi, à quoi bon, dans quel but, nommer un conseil de famille et un subrogé tuteur pour la tutelle officieuse d'un enfant qui a encore ses père et mère ; d'un enfant, dès lors, qui n'est pas et ne peut pas être en tutelle ordinaire?... Donc la tutelle officieuse, par elle-même et quand elle sera seule, n'emportera jamais application des règles de la tutelle ordinaire. Mais quand le tuteur officieux sera tout à la fois, comme il arrive souvent, tuteur ordinaire ; quand l'enfant tombé en tutelle proprement dite par la mort d'un de ses auteurs se trouvera tout ensemble sous la tutelle officieuse et ordinaire du même individu, pourquoi n'appliquerait-on pas toutes les règles de cette tutelle ordinaire?... En un mot, la tutelle officieuse peut bien n'être qu'officieuse et frapper sur un enfant qui n'est pas en tutelle

ordinaire ; quand, au contraire, cette tutelle ordinaire existe, elle est réunie par la loi à la tutelle officieuse : eh bien, quand la première tutelle sera seule, on n'appliquera pas les règles rigoureuses dont il s'agit, parce que la loi ne les exige pas ; quand, au contraire, il y aura aussi tutelle ordinaire, on les appliquera toutes, parce que la loi n'en dispense pas pour ce cas.

RÉSUMÉ DU TITRE HUITIÈME.

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

I. — L'adoption est un acte par lequel une personne confère à une autre la qualité purement civile d'enfant. Quant à la tutelle officieuse, c'est un acte de bienfaisance principalement destiné à conduire à l'adoption. Nous traiterons séparément de l'une et de l'autre dans deux chapitres.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ADOPTION.

II. — On distingue deux espèces d'adoption : l'adoption entre-vifs, permise en règle générale ; et l'adoption testamentaire, autorisée par exception seulement et dans un cas tout spécial. Nous avons à indiquer : 1° les conditions, 2° les formes, 3° les effets, et 4° les causes de révocation ou de nullité de chacune d'elles.

SECTION PREMIÈRE.

DES CONDITIONS DE L'ADOPTION.

III. — En principe, ainsi qu'on vient de le dire, l'adoption n'est permise que par acte entre-vifs ; elle ne l'est que sous les neuf conditions suivantes :

1° Il faut avant tout que l'adoptant ait donné à l'adopté, pendant six années de minorité, des soins et des secours non interrompus.

2° Il faut que l'adopté ne soit pas ou n'ait pas été adopté pas un autre, à moins que cet autre ne soit le conjoint de l'adoptant.

3° L'adoptant doit être âgé de cinquante ans révolus.

4° Il doit avoir quinze ans de plus que l'adopté.

5° Il doit n'avoir aucun enfant légitime, né ou seulement conçu au moment de l'adoption : c'est par les rapports des gens de l'art et les circonstances de fait, qu'on déciderait si l'enfant qui naît après l'adoption était conçu au moment que cette adoption s'est réalisée.

6° Il faut que l'adopté soit majeur.

7° Cet adopté doit, jusqu'à vingt-cinq ans, obtenir le consentement de ses père et mère ; au-dessus de cet âge, il doit requérir leur conseil.

Si l'un des deux auteurs est mort, absent ou, par quelque cause que ce soit, dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement ou le conseil de l'autre suffit. La réquisition du conseil se fait ici, comme en cas de mariage, par un acte respectueux (mais toujours un seul), et l'adoption est possible un mois après.

8° Quand l'adoptant est marié, il faut le consentement de son conjoint.

9° Enfin, cet adoptant doit jouir d'une bonne réputation (art. 343, 344 et 355).

IV. — Lorsque l'adoption entre-vifs a pour but de récompenser le dévouement d'une personne qui nous a sauvé la vie en exposant la sienne, la loi se relâche de la rigueur de ces conditions; elle supprime les trois premières et remplace la quatrième par la seule circonstance d'un âge plus avancé chez l'adoptant, si minime que soit la différence. Les cinq dernières conditions restent les mêmes (art. 345).

Ainsi l'adoption rémunératoire est soumise, en somme, à sept conditions, savoir : les cinq dernières de celles indiquées plus haut; puis, 6° que l'adoptant soit plus âgé que l'adopté; et 7° que l'adopté ait sauvé la vie à l'adoptant au péril de la sienne.

V. — Quant à l'adoption testamentaire, elle n'est permise, par exception, que pour celui qui, s'étant fait le tuteur officieux d'un enfant dans le dessein de l'adopter plus tard, se voit mourir pendant la minorité de cet enfant et sans pouvoir, dès lors, lui conférer l'adoption ordinaire, laquelle, comme on vient de le voir, n'est possible que pour un enfant mineur.

Cette adoption est soumise à trois conditions :

1. Que le testament qui confère l'adoption émane d'un individu qui soit tuteur officieux de l'enfant depuis cinq ans déjà au moment qu'il écrit ce testament : si le testament était fait avant cinq années révolues de tutelle officieuse, il ne produirait pas son effet, quand même le testateur ne mourrait qu'après les cinq ans sans l'avoir révoqué (article 366);

2. Que le tuteur officieux, après avoir testé, meure pendant la minorité de l'enfant, ou après un délai si court depuis la majorité, qu'il n'ait pas pu lui conférer l'adoption entre-vifs (*ibid.*);

3. Enfin, que le testateur ne laisse en mourant aucun enfant légitime né ou conçu (*ibid.*).

SECTION II.

DES FORMES DE L'ADOPTION.

VI. — L'adoption entre-vifs, soit ordinaire, soit rémunératoire, se forme par un contrat qui doit être sanctionné par la justice et notifié aux citoyens.

L'adoptant et l'adopté doivent faire dresser, par le juge de paix du domicile du premier, un acte constatant leurs consentements respectifs. L'acte doit être soumis dans les dix jours suivants à l'homologation du tribunal de première instance; et le jugement doit à son tour

être soumis à la Cour d'appel, dans le mois à partir du jour où il a été rendu. L'arrêt de la Cour est affiché en tel nombre d'exemplaires que cette Cour l'aura ordonné, et, dans les trois mois de sa date, il faut qu'il soit inscrit sur les registres de l'état civil, comme le serait un acte de naissance. Ces délais successifs de dix jours, d'un mois et de trois mois sont exigés à peine de déchéance, et les parties qui les laisseraient passer seraient obligées de faire dresser un nouvel acte d'adoption. Le tribunal et la Cour sont saisis par la remise des pièces de la procédure au procureur impérial dans un cas, au procureur général dans l'autre. Cette remise, ainsi que l'apposition des affiches et l'inscription sur les registres civils, se font par les soins de l'une ou de l'autre partie indifféremment (art. 353-359).

Pour ménager la réputation de l'adoptant et éviter des révélations et même des suppositions désagréables, la loi prend deux sages précautions. 1° Le tribunal et la Cour prononcent toujours sans énoncer de motifs. Ainsi, le tribunal dit seulement : *Il y a lieu à l'adoption,* ou, *Il n'y a pas lieu à l'adoption.* La Cour suit le même mode; quand les premiers juges ont admis l'adoption, elle dit : *Le jugement est confirmé; en conséquence, il y a lieu à l'adoption;* ou, *Le jugement est réformé; en conséquence, il n'y a pas lieu à l'adoption;* que si le jugement avait rejeté l'adoption, la Cour dirait : *Le jugement est confirmé; en conséquence, il n'y a pas lieu à l'adoption;* ou, *Le jugement est réformé; en conséquence, il y a lieu à l'adoption.* 2° Le jugement du tribunal, soit qu'il rejette ou admette l'adoption, est toujours rendu en chambre du conseil, et il en est de même de l'arrêt qui la rejette; les arrêts d'admission sont seuls prononcés à l'audience (*ibid.*).

VII. — Il faut, bien entendu, pour le contrat d'adoption comme pour tout autre, que les deux parties aient l'exercice de leurs droits civils au moment que le contrat se forme, c'est-à-dire lors de la passation de l'acte devant le juge de paix; il leur faut alors la complète capacité de droit et de fait. C'est à ce moment aussi qu'il faut, et qu'il suffit, que les circonstances exigées par la loi, et indiquées à la précédente section, existent. Ainsi, par exemple, la conception d'un enfant légitime de l'adoptant, qui se réaliserait quelques jours après la rédaction de l'acte, ne ferait pas obstacle à la validité de l'adoption. Toutefois, comme l'adoption, tout en se réalisant devant le juge de paix, ne se parfait que par l'accomplissement des conditions postérieures, il faut qu'après la rédaction de l'acte les parties conservent encore, non plus l'exercice, mais au moins la jouissance des droits civils, la capacité de droit (art. 360).

L'accomplissement des diverses conditions postérieures auxquelles la perfection du contrat d'adoption se trouve soumise, rétroagissant à la remise de l'acte au procureur impérial et venant se confondre avec elle, c'est au moment de cette remise seulement que doit durer encore la capacité de droit des parties. Ainsi, de même que, dans l'intervalle entre la rédaction de l'acte et sa remise au procureur impérial, la folie de l'une des parties ou de toutes deux, leur interdiction ou leur soumis-

sion à la puissance maritale seraient insignifiantes, de même, après cette remise, la mort naturelle ou civile de ces parties n'empêcherait pas l'adoption (*ibid.*).

VIII. — Quant à l'adoption testamentaire, elle n'est soumise à aucune forme spéciale ; elle se confère par un acte rédigé dans l'une des formes voulues pour les testaments ordinaires.

SECTION III.

DES EFFETS DE L'ADOPTION.

IX. — L'adoption, qu'elle soit faite pas acte entre-vifs ou par testament, a pour principal effet de rendre l'adopté, civilement et par fiction, l'enfant de l'adoptant ; elle crée entre eux une parenté civile qui s'étend aux descendants de l'adopté, mais qui ne modifie en rien sa parenté légitime et les droits ou obligations qui en découlent. Cette parenté civile produit des conséquences qui, réunies à des résultats indépendants d'elle, donnent à l'adoption les cinq effets suivants :

X. — 1° L'adopté prend le nom de l'adoptant en l'ajoutant à son nom propre, et il le transmet à ses descendants (art. 347).

XI. — 2° Par suite de l'adoption, le mariage est défendu à l'adoptant avec l'adopté, son conjoint et ses descendants ; puis, à l'adopté avec le conjoint et les enfants, même adoptifs, de l'adoptant. Cet empêchement, qui n'est, du reste, que prohibitif, est fondé, entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants, sur la parenté civile qui existe entre eux ; quant aux autres personnes, il n'a pour fondement que des motifs de décence publique. Il ne forme pas d'ailleurs obstacle à ce que le même individu adopte deux personnes qui sont déjà mariées avant l'adoption de toutes deux ou au moins de la seconde (art. 348).

XII. — 3° La dette alimentaire, qui continue d'exister entre l'adopté et ses ascendants légitimes, existe aussi entre lui et son père adoptif. Toutefois, l'adoptant ne doit des aliments à l'adopté qu'à défaut des descendants ou ascendants légitimes de celui-ci ; mais il les doit avant les alliés de cet adopté (art. 349).

XIII. — 4° L'adopté, sans avoir jamais aucun droit de successibilité par rapport aux parents de l'adoptant, lesquels lui restent tous étrangers, acquiert sur la succession de l'adoptant lui-même les mêmes droits qu'un enfant légitime. Ainsi, il a droit à une réserve et peut, pour se la procurer, faire réduire les legs et les donations qui dépassent la quotité disponible, alors même que ces donations seraient antérieures à l'adoption. Ces droits d'enfant légitime appartiennent à l'adopté, alors même que de vrais enfants légitimes seraient survenus à l'adoptant après l'adoption (art. 350).

Le point de savoir si c'est seulement quant *à la succession* que l'enfant adoptif est assimilé à l'enfant légitime, et s'il ne pourrait pas prétendre que sa filiation fictive produit, comme la naissance d'un enfant légitime,

la révocation des donations faites par le père à un moment où il n'avait pas d'enfant, sera examiné plus loin, au titre *Des Donations*.

Les descendants de l'adopté peuvent exercer, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits que l'adopté lui-même, soit qu'ils viennent par représentation de cet adopté prédécédé, soit qu'ils viennent de leur chef, dans le cas de renonciation ou d'indignité de celui-ci (*ibid.*).

XIV. 5° L'adoptant n'est jamais appelé à la succession de l'adopté ou de ses enfants, comme ceux-ci le sont à la sienne; mais lorsqu'il a donné des biens à l'adopté, il peut, au décès de cet adopté mourant sans descendants légitimes, succéder aux biens par lui donnés qui ne sont aliénés ni par acte entre-vifs ni par testament, ou au prix qui en serait encore dû, ou enfin à l'action qui pourrait faire rentrer ces biens dans le patrimoine. Bien entendu, comme ce n'est là qu'un droit de succession, l'adoptant ne peut l'exercer qu'à la charge de payer sa part des dettes de la succession, et de respecter les droits conférés à des tiers sur les biens (art. 351).

Les descendants légitimes de l'adoptant, quand celui-ci meurt avant l'adopté, ont le même droit que leur auteur, sauf deux différences : 1° ils exercent ce droit non pas seulement sur les biens donnés entre-vifs à l'adopté par l'adoptant, mais aussi sur ceux qu'il aurait reçus de lui par testament ou recueillis dans sa succession; 2° ils n'ont ce droit que sur la succession de l'adopté mourant sans postérité, et non pas sur celle de ses descendants (art. 352).

SECTION IV.

DE LA RÉVOCATION ET DE LA NULLITÉ DE L'ADOPTION.

XV. — L'adoption entre-vifs peut, après la formation du contrat devant le juge de paix, et jusqu'à l'inscription sur les registres de l'état civil, se dissoudre par le consentement mutuel des parties; la volonté d'une seule ne suffirait pas, car, pour être conditionnelle, une convention n'engendre pas moins obligation.

Une fois que l'adoption est parfaite par l'accomplissement de toutes les conditions qui doivent suivre la rédaction de l'acte, elle ne saurait être révoquée, ni par le consentement mutuel des parties, ni pour ingratitude de l'adopté, ni pour toute autre cause que ce soit. Mais elle peut, évidemment, sur la demande de toute partie intéressée soit moralement, soit pécuniairement, être déclarée nulle comme ayant eu lieu en dehors des circonstances voulues par la loi (art. 360, n° III).

Quant à la voie à suivre pour faire constater cette nullité, comme l'adoption consiste dans le contrat et non dans l'homologation de la justice, qui n'en est que l'accessoire, c'est par une action principale intentée devant le tribunal de première instance que l'adoption, comme tout autre contrat, devrait être attaquée (*ibid.*).

XVI. — Pour ce qui est de l'adoption testamentaire, il est clair qu'elle

ne produit aucun effet pendant la vie du testateur; elle n'est alors qu'un projet qu'il peut révoquer à son gré. Après la mort du testateur, elle ne produit ses effets que par l'acceptation faite au nom du mineur par ses représentants légaux. Mais ces effets ne sont pas irrévocables encore; l'adopté peut, à sa majorité, les répudier et faire évanouir l'adoption. Si l'adopté majeur accepte l'adoption, expressément ou tacitement, elle devient irrévocable comme l'adoption entre-vifs, et ne peut plus être critiquée, soit par lui, soit par tous autres intéressés, que comme ayant été faite en l'absence d'une des conditions voulues par la loi (art. 366).

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

XVII. — La tutelle officieuse n'est possible que sous les cinq conditions suivantes :

1° Que le tuteur ait cinquante ans révolus;

2° Qu'il n'ait aucun descendant légitime né ou conçu;

3° Qu'il obtienne le consentement de son conjoint, s'il est marié;

4° Que l'enfant ait moins de quinze ans, ce qui est indispensable pour que la principale condition de l'adoption, six années de soins donnés en minorité, puisse se réaliser;

5° Enfin, qu'il obtienne le consentement des père et mère de l'enfant, ou de l'un d'eux, si l'autre est mort ou hors d'état de manifester sa volonté; à défaut des père et mère, du conseil de famille; — si l'enfant, n'ayant ni père ni mère connus, ni conseil de famille, se trouve dans un hospice, le consentement des administrateurs; — s'il n'est pas dans un hospice, celui du conseil municipal de la commune où il réside (art. 361, 362 et 364).

XVIII. — La seule forme exigée pour l'établissement de la tutelle officieuse, c'est un procès-verbal du juge de paix constatant les consentements respectifs du tuteur et des personnes chargées de représenter l'enfant, ainsi qu'il vient d'être dit. A la différence de ce qui a lieu pour l'adoption, c'est ici le juge de paix du domicile de l'enfant qui doit dresser l'acte (art. 363).

XIX. — Le principal effet de la tutelle officieuse, celui qui constitue son objet nécessaire, c'est d'imposer au tuteur l'obligation : 1° d'élever, nourrir et entretenir le pupille jusqu'à sa majorité, et 2° de le mettre en état de fournir ensuite à ses besoins, soit en l'adoptant, soit en lui procurant une profession ou un métier (art. 364).

Donc, 1° si le tuteur vient à mourir pendant la minorité de l'enfant, sans lui avoir conféré l'adoption testamentaire, il devra être fourni au pupille jusqu'à vingt et un ans, sur la succession du tuteur, des moyens de subsistance qui seront réglés entre les représentants de chacun d'eux, ou amiablement, ou par la justice, s'il y avait contestation (art. 367).

2° Dans ce même cas, et aussi quand le tuteur, après la majorité de

l'enfant, refuse de l'adopter, celui-ci, s'il se trouve, par la faute du tuteur, hors d'état de gagner sa vie, peut exiger de ce tuteur ou de ses héritiers une indemnité de nature à lui procurer un métier. Que si c'était sans aucune faute de la part du tuteur et malgré les sacrifices qu'il a faits pour procurer une profession ou un métier à l'enfant, que celui-ci se trouvât hors d'état de gagner sa vie, l'indemnité ne serait plus due (art. 369).

Bien entendu, aucune discussion ne sera possible sur ce qui pourrait être dû au pupille, dans ces deux cas, par le tuteur ou ses héritiers, quand des stipulations particulières auront fixé à l'avance le sort et les droits de ce pupille pour le cas de non-adoption. Au reste, ces stipulations, qui peuvent très-bien rendre plus étroites les obligations légales du tuteur, ne peuvent jamais avoir pour objet de les supprimer ou de les diminuer (*ibid.*).

Si c'est pour le tuteur lui-même qu'il s'agit, à la majorité du pupille, d'exécuter son obligation alternative d'adopter ce pupille ou de lui fournir de quoi subvenir à ses besoins, le tuteur a trois mois pour délibérer sur le parti qu'il doit prendre; ce n'est qu'après ce délai et quand les réquisitions du pupille à fin d'adoption sont restées sans effet, qu'il peut être condamné à indemniser celui-ci de l'incapacité où il est de gagner sa vie. Ce délai ne peut jamais exister pour les héritiers du tuteur, puisqu'eux ne peuvent pas adopter l'enfant (*ibid.*).

XX. — Quand, à la fin de la tutelle officieuse, le tuteur veut bien adopter l'enfant, et que celui-ci y consent, l'adoption se fait sous les conditions et avec les formes et les effets indiqués au chapitre I.

XXI. — Quand l'enfant soumis à la tutelle officieuse est aussi en tutelle ordinaire, cette dernière tutelle, si elle n'appartient pas au survivant des père et mère, usufruitier légal des biens de l'enfant, se joint à la première, et il y a lieu, dès lors, à l'application des règles générales du titre *De la Tutelle*. Ainsi, l'enfant est pourvu d'un conseil de famille et d'un subrogé tuteur; il y a hypothèque légale sur les biens du tuteur officieux ; et à la fin de la tutelle, de quelque manière qu'elle finisse, et qu'elle soit ou non suivie d'adoption, le tuteur ou ses héritiers doivent rendre compte des biens dont ce tuteur a eu l'administration (art. 365).

TITRE IX.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

(Décrété le 24 mars 1803. — Promulgué le 3 avril.)

132. Après avoir exposé toutes les règles de la filiation, la loi s'occupe des rapports de supériorité que cette filiation fait naître au profit des père et mère sur l'enfant, lesquels constituent la *puissance paternelle*.

Nous avons suffisamment expliqué ailleurs (liv. I, tit. I) l'immense différence qui sépare la puissance énergique que la législation romaine attribuait au *pater familias* et l'autorité beaucoup trop restreinte que notre Code confère aux père et mère.

Nous disons *aux père et mère ;* car c'est pour eux exclusivement, et non pour les ascendants supérieurs, qu'existe sur l'enfant l'autorité qui constitue la puissance paternelle. Il est vrai qu'en dehors de la puissance paternelle proprement dite, il existe plusieurs droits attribués par différents textes du Code, tantôt aux père et mère seulement, tantôt aux ascendants en général : ainsi, la nécessité de leur consentement ou de leur conseil pour le mariage (art. 148-153), pour l'adoption (art. 346), pour la tutelle officieuse (art. 361); leur droit de succession sur les enfants et descendants (art. 746-749), avec faculté de faire réduire les legs ou donations entamant leur réserve (art. 915); le droit aux aliments (art. 205); le droit d'accepter au nom de leur enfant mineur des donations à lui faites, quand même il aurait pour tuteur une autre personne (art. 935), etc., etc. Mais il ne s'agit ici que de la puissance paternelle proprement dite, c'est-à-dire du droit, propre aux père et mère, d'élever leurs enfants mineurs, en réglant leur conduite et dirigeant leur éducation. Notre titre IX n'est pas même complet sous ce rapport ; car il est plusieurs dispositions écrites au titre *De la Tutelle* qui ne découlent que de la puissance paternelle (art. 390, 397 et 477); il en est une surtout, celle qui consacre le droit pour le père, pendant le mariage, d'administrer les biens de ses enfants mineurs (art. 389), dont rien ne justifie la place dans ce titre *De la Tutelle,* et que nous expliquerons dans notre titre même, après l'art. 383.

Quant aux textes de notre titre, ils se bornent à proclamer les deux principaux effets de la puissance paternelle : 1° le droit d'éducation, embrassant le droit de correction (art. 372-383); 2° le droit d'usufruit légal accordé aux père et mère sur les biens de l'enfant jusqu'à sa dix-neuvième année ou son émancipation (art. 384-387).

371. — L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.

133. Cet article ne fait que consacrer un principe de morale, que personne assurément n'aurait la pensée de contester ; mais on ne voit guère son utilité dans les textes du droit positif. Les conséquences plus ou moins étendues que le législateur civil entend induire du respect dû aux parents par les enfants, c'est par des règles précises qu'il doit les formuler, au lieu de les abandonner à l'arbitraire et au caprice de chacun, par des principes que leur extrême généralité rend complétement stériles et presque insignifiants.

Ainsi, avant la loi du 17 avril 1832, tandis que la plupart des interprètes donnaient à notre article l'effet d'empêcher la contrainte par corps contre les père et mère, quelques-uns rejetaient ce prétendu résultat ; d'autres, au contraire, voulaient que la contrainte par corps ne

pût pas même être employée contre un ascendant, quel qu'il fût ; d'autres, sur l'autorité du droit romain, soutenaient qu'un descendant créancier de son ascendant ne pouvait jamais exproprier celui-ci en entier; d'autres auraient pu, toujours sur l'autorité du droit romain, et en tirant les conséquences du principe si élastique de notre texte, dire qu'un descendant ne pourrait jamais intenter contre son ascendant une action quelconque, sans y être autorisé par le président du tribunal, etc. L'art. 19 de la loi précitée est heureusement venu déclarer formellement que la contrainte par corps ne pourrait désormais être prononcée contre aucun ascendant, et il donne à cette règle un effet rétroactif en ordonnant que les jugements qui l'auraient admise resteront sans exécution, et que les exécutions déjà commencées cesseront immédiatement.

Donc, tout en louant les rédacteurs du Code d'avoir inscrit ce principe sacré en tête de leur titre, il faut le reconnaître entièrement insignifiant *en droit,* et n'en déduire aucune autre conséquence juridique que celle qui serait exprimée par un texte positif. Cette insignifiance devient d'ailleurs évidente par cette seule considération, que notre article, ainsi que l'article suivant, et comme le titre tout entier, ne s'occupe que des *père et mère;* tandis que c'est évidemment à tous les ascendants que l'enfant doit honneur et respect. Que si l'on prétendait que par *père et mère* l'article entend en effet tous les ascendants, il s'ensuivrait par conséquent que c'est à l'autorité de tous ses ascendants que l'enfant est soumis par l'article suivant; or, tout le monde sait qu'il n'en est pas ainsi.

372. — Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

373. — Le père seul exerce cette autorité durant le mariage.

134. La puissance paternelle n'appartient qu'aux père et mère; mais elle appartient conjointement à tous deux. Le droit est commun à l'un et à l'autre; c'est seulement l'exercice de ce droit qui est exclusivement donné au père, chef de la société conjugale. Mais, bien entendu, la loi n'a écrit notre article que pour les cas ordinaires et en parlant *de eo quod plerumque fit;* si quelque circonstance exceptionnelle, savoir, la présomption d'absence du père (art. 141), son interdiction judiciaire ou légale (art. 502 C. Nap., 29 C. pén.), ou une condamnation correctionnelle pour excitation de ses propres enfants à la débauche (C. pén., art. 335) privait ce père de l'exercice de la puissance paternelle, c'est à la mère que cet exercice appartiendrait. L'idée contraire de Proudhon, qui veut que la mère ne puisse jamais exercer l'autorité qu'après la mort du père (II, p. 244 et 245), est une erreur condamnée par tous les auteurs (1).

---

(1) Pothier (*Des Pers.*, part. 3, tit. 6, sect. 2); Vazeille (*Du Mar.*, II, p. 405); Dalloz (v° Puiss. pat.); Valette (sur Proudhon); Allemand (II, 1071); Demolombe (VI, 296).

374. — L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus.

135. La disposition de cet article a été modifiée par la loi du 21 mars 1832; d'après l'art. 32 de cette loi, ce n'est plus à dix-huit ans, mais à vingt ans seulement, que l'enfant peut quitter la maison paternelle, malgré son père, pour s'engager. Un décret du 13 juillet 1848 réduit de dix-huit ans à dix-sept l'âge voulu pour l'engagement volontaire (dans l'armée de terre, car pour l'armée de mer l'âge de seize ans suffisait déjà); mais il laisse subsister la nécessité du consentement du père jusqu'à vingt ans.

Il est clair qu'ici encore, si la loi ne parle que du père, c'est dans la prévoyance des cas ordinaires et en supposant qu'il y a mariage et que le père a l'exercice de la puissance paternelle; mais si cet exercice appartenait à la mère, par l'une des circonstances exceptionnelles indiquées plus haut, ou parce que le père serait mort, la règle serait évidemment la même. Il en serait ainsi, alors même que la tutelle, ouverte par la mort du père, n'appartiendrait pas à la mère survivante; car l'attribution à un tiers. du pouvoir tutélaire, n'enlève pas la puissance paternelle au survivant des père et mère (1). Ce n'est qu'à défaut et du père et de la mère, c'est-à-dire quand tous deux sont morts ou que, l'un étant mort, l'autre est privé par une cause quelconque de l'exercice de la puissance paternelle, c'est alors seulement qu'un droit, découlant de cette puissance, peut passer au tuteur. Donc, quand un enfant sera soumis tout ensemble et à la puissance du survivant de ses père et mère, et à la tutelle d'une autre personne, cet enfant, quoiqu'il ait alors sa demeure juridique, son *domicile,* chez son tuteur, aura toujours sa demeure de fait, sa *résidence,* chez le parent survivant, et ce n'est qu'avec le consentement de ce dernier qu'il pourra quitter la maison paternelle. Aussi l'art. 32 précité de la loi du 22 mars indique-t-il comme pouvant permettre l'enrôlement de l'enfant au-dessous de vingt ans, d'abord le *père;* puis, à son défaut seulement, bien entendu, la *mère;* puis enfin, à défaut de tous deux, le tuteur autorisé par une délibération du conseil de famille.

Au reste, si, dans l'intérêt du pays et pour servir la patrie, l'enfant peut abandonner la maison paternelle malgré ses parents, il est clair qu'il le pourrait aussi, et à plus forte raison, si la morale ou l'humanité commandait de l'y autoriser. Si donc des parents étaient assez dénaturés pour se livrer sur leurs enfants à des excès intolérables ou pour les pousser eux-mêmes à l'immoralité, il est évident que les tribunaux pourraient et devraient leur arracher leurs victimes et modifier, selon le besoin des circonstances, le pouvoir dont ils feraient un usage si contraire aux vues du législateur. Les principes du droit na-

(1) Comp. Grenoble, 11 août 1854; Cass., 5 mars 1855 (Dev., 54, II, 583; 55, I, 283); Cass., 3 mars 1856, 15 mars 1864 (Dev., 56, I, 408; 64, I, 155).

turel et les dispositions des art. 267 et 302 du Code Napoléon, 335 du Code pénal, motivent assez cette décision pour que personne n'ait la pensée de la contester (1).

375. — Le père qui aura des sujets de mécontentement très-graves sur la conduite d'un enfant, aura les moyens de correction suivants.

376. — Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois; et, à cet effet, le président du tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation.

377. — Depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir la détention de son enfant pendant six mois au plus; il s'adressera au président dudit tribunal, qui, après en avoir conféré avec le procureur impérial, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera, et pourra, dans le premier cas, abréger le temps de la détention requis par le père.

378. — Il n'y aura, dans l'un et l'autre cas, aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs n'en seront pas énoncés.

Le père sera seulement tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de fournir les aliments convenables.

379. — Le père est toujours maître d'abréger la durée de la détention par lui ordonnée ou requise. Si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée de la manière prescrite aux articles précédents.

380. — Si le père est remarié, il sera tenu, pour faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se conformer à l'article 377.

381. — La mère survivante et non remariée ne pourra faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels, et par voie de réquisition, conformément à l'article 377.

382. — Lorsque l'enfant aura des biens personnels, ou lorsqu'il exercera un état, sa détention ne pourra, même au-dessous de seize ans, avoir lieu que par voie de réquisition, en la forme prescrite par l'article 377.

L'enfant détenu pourra adresser un mémoire au procureur général près la Cour impériale. Celui-ci se fera rendre compte par le procureur impérial près le tribunal de première instance, et fera son rapport au président de la Cour impériale, qui, après en avoir donné avis au père, et après avoir recueilli tous les renseignements, pourra révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal de première instance.

---

(1) *Voy.* Cass., 8 juill. 1857 (Dev., 57, I, 721; Dall., 57, I, 273).

SOMMAIRE.

I. Droit de correction. Il est la conséquence du droit d'éducation.
II. D'après quelles règles il est exercé par le père.
III. Quand et comment la mère l'exerce.
IV. Règles communes à l'un et à l'autre cas. Erreur de M. Zachariæ et de M. Demolombe.

I. — 136. L'autorité des père et mère, leur droit de régler et diriger la conduite de leur enfant, resteraient inefficaces, s'ils ne pouvaient infliger à celui-ci des punitions plus ou moins sévères, selon la gravité des fautes par lui commises : le droit de correction est la conséquence du droit d'éducation. C'est à ce droit de correction que la loi consacre les neuf articles qu'on vient de lire.

Le droit de correction, corollaire forcé de la puissance paternelle, appartient à celui des parents, quel qu'il soit, qui exerce cette puissance; mais il est bien plus restreint pour la mère que pour le père. Voyons d'abord ce qu'il est entre les mains de celui-ci.

II. — 137. Le droit de faire détenir l'enfant est exercé par le père, tantôt par voie d'autorité, tantôt par voie de réquisition seulement. La détention par voie d'autorité n'est possible que sous ces quatre conditions : 1° que l'enfant ne soit pas propriétaire; 2° qu'il n'exerce pas un état; 3° que le père ne soit pas actuellement marié en second ou subséquent mariage; 4° enfin, que l'enfant ait moins de seize ans *commencés,* ce qui signifie, dans le langage ordinaire, *qu'il n'ait pas quinze ans,* car un enfant de quinze ans est celui qui a traversé quinze années de son existence et qui entre dans la seizième. (Art. 376, 377, 380 et 382.)

Ainsi, 1° quand l'enfant a quinze ans; puis, quel que soit son âge, 2° quand il a des biens personnels; 3° quand il exerce une profession, et 4° quand le père devenu veuf est actuellement dans les liens d'une nouvelle union, cet enfant ne peut être détenu que par voie de réquisition. Nous disons *actuellement,* car si le père remarié était redevenu veuf, l'influence d'une marâtre n'étant plus à craindre contre l'enfant, il n'y aurait plus lieu d'appliquer l'art. 380. Cette idée, qui n'avait jamais été contestée par aucun auteur, vient de l'être par M. Demolombe (VI, 344); mais l'opinion de l'honorable professeur nous paraît contraire à la pensée et au texte de la loi. D'une part, en effet, un second veuvage donne, en définitive, la même liberté et la même indépendance qu'un premier : aussi le texte, et comme lui tous les passages des travaux préparatoires, ne parlent que de l'époux *qui est remarié,* des parents qui *sont remariés,* et jamais de celui qui *s'est* remarié ou de ceux qui *se sont* remariés (Fenet, X, p. 520, 529, 530 et 542) (1).

---

(1) Toullier (II, 1058); Proudhon (II, 246); Duranton (III, 355); Demante (I, 375); Vazeille (II, 425); Zachariæ (III, p. 677); Taulier (I, p. 484).

Dans la détention par voie d'autorité, le père est le seul juge de ses motifs ; il n'est point tenu de les soumettre au président du tribunal, qui doit toujours, dit l'art. 376, délivrer l'ordre d'arrestation sur la demande qui lui est faite. Et puisque le père est seul juge des motifs dans ce cas, il s'ensuit que le président ne pourrait pas refuser l'ordre, alors même qu'il saurait d'une manière certaine que ces motifs n'ont aucune gravité ; le père serait légalement présumé avoir d'autres raisons qu'il ne veut faire connaître à personne. Il en serait autrement s'il était *évident* que les causes très-graves exigées par l'art. 375 *ne peuvent pas* exister ; si, par exemple, l'enfant n'était âgé que de quatre ou cinq ans. La demande du père ne constituant alors qu'un acte de déraison, ce serait pour le président, non pas une faculté, mais un devoir de n'en pas tenir compte.

Quand, au contraire, le père ne fait que requérir la détention, le président est le seul juge de la question ; c'est à lui, après examen des motifs de la demande et en s'éclairant de l'avis du procureur impérial, d'accorder ou de refuser l'ordre d'arrestation ; c'est à lui aussi, dès lors, de fixer la durée de la détention, sans pouvoir jamais, bien entendu, dépasser le maximum autorisé par la loi.

Au reste, soit qu'il ait exigé la détention, soit qu'il l'ait simplement requise, le père est toujours maître de la faire cesser. Mais il est bien clair que, quand l'enfant est ainsi élargi sur la demande du père, et aussi quand il sort sans que sa détention ait été abrégée, le père peut, pour de nouveaux écarts, le faire détenir une seconde fois, et ce, toujours d'après les mêmes règles, c'est-à-dire ou par voie de réquisition, ou par voie d'autorité, selon la distinction faite plus haut (art. 379).

138. Cependant, cette dernière idée ne paraît pas admise sans difficulté par tous les jurisconsultes. M. Demante (t. I, n° 374) pose en question le point de savoir si, par cela seul qu'il s'agit de récidive, le père ne serait pas toujours forcé d'agir par simple voie de réquisition, et sous l'obligation pour lui de prouver les nouveaux écarts de l'enfant. Nous avouons que ce point n'est pas une question pour nous, et que la négative ne nous paraît pas douteuse. Car ce n'est pas pour une fois seulement, c'est d'une manière absolue et pour tous les cas où le père aura de très-graves sujets de mécontentement, que l'art. 376 lui permet de faire détenir, sans indiquer ses motifs, l'enfant âgé de moins de quinze ans. Et en effet, si la loi a cru pouvoir se confier aux sentiments du père, si elle a présumé qu'il ne se déterminerait à une mesure aussi sévère que pour de justes raisons, pourquoi cette confiance et cette présomption ne s'appliqueraient-elles pas à une seconde détention aussi bien qu'à la première?... La loi s'est occupée ici des diverses hypothèses possibles avec trop de précaution, pour qu'on puisse l'accuser d'imprévoyance et chercher des modifications à ses textes ; le seul cas où *la loi ne suppose plus au père la même tendresse et la même impartialité*, c'est, comme le dit l'Exposé des motifs, celui où il est

remarié (Fenet, t. X, p. 520). Si le législateur avait aussi voulu restreindre l'autorité du père, lorsqu'il s'agirait d'une seconde détention, il n'eût pas manqué de le dire également.

Mais pourquoi, si c'est dans cet art. 376 que se trouve, comme nous le disons, le droit d'une détention subséquente aussi bien que le droit de première détention, pourquoi trouve-t-on, dans notre art. 379, une phrase spéciale écrite exprès pour ce cas?... Il suffirait d'abord de répondre que cette phrase a été rejetée ici pour embrasser tout ensemble et la détention par autorité, et celle par réquisition, indiquées l'une par l'art. 376, et l'autre par l'art. 377. Les deux règles de l'art. 379, comme les deux règles de l'art. 378, s'appliquent évidemment toutes quatre à l'une comme à l'autre détention. Mais il est, en outre, une considération historique qui explique cette circonstance et démontre la vérité de notre doctrine; c'est que, dans le projet, notre article, qui était alors l'art. 3 et qui s'occupait *seul* de la durée de la détention, portait, sans aucune considération d'âge, 1° que cette détention pourrait être de *six mois* pour la première fois, et d'*un an* en cas de récidive, toujours par voie d'autorité; et 2° que le père pourrait toujours l'abréger. On a maintenu l'article en conservant identiquement la seconde règle, qui est devenue la première, et en mettant l'autre en harmonie avec la distinction proclamée par les deux art. 376 et 377.

Enfin, *les articles précédents,* auxquels l'art. 379 renvoie en parlant au pluriel, sont nécessairement les art. 377 et 376 présentant les deux différents modes de détention. Ce ne peuvent pas être les art. 377 et 378, puisque ce dernier, ne présentant qu'une idée commune aux deux cas de détention, n'avait pas besoin d'être rappelé : en sorte que le législateur, s'il avait voulu exclure, pour le cas de récidive, le mode d'autorité établi par l'art. 376, aurait nécessairement dit, au singulier, *conformément à l'art.* 377.

Donc, et le texte de la loi, et son esprit, et ses travaux préparatoires, tout se réunit pour fixer le point qui nous occupe... M. Demolombe (VI, 343) adopte ici pleinement notre décision et ses motifs.

III. — 139. Quant à la mère, soit qu'elle agisse pendant le mariage (parce que le père serait interdit, présumé absent, ou dépouillé par sentence judiciaire de la puissance paternelle), soit qu'elle exerce l'autorité après la mort du mari, elle ne peut jamais faire détenir l'enfant, quel que soit l'âge de celui-ci, que par voie de réquisition; encore faut-il qu'elle ne soit pas mariée en secondes noces, et qu'elle obtienne le concours des deux plus proches parents paternels de l'enfant. Nous disons qu'il en est ainsi, aussi bien quand le père existe encore que quand la mère est veuve, quoique l'art. 381 ne parle que de ce dernier cas. C'est qu'en effet, le caractère de la mère est tout aussi faible dans un cas que dans l'autre. Si donc cet art. 381 ne cite que la mère survivante, c'est qu'il s'occupe seulement *de eo quod plerumque fit,* comme l'a fait l'art. 474 et comme le fera plus loin l'art. 484 : le premier de ces articles ayant déclaré (en principe et sans prévoir le cas d'excep-

tion) que le père *seul* exerce l'autorité pendant le mariage, notre article également ne considère cette autorité chez la mère qu'après la dissolution du mariage.

Au reste, la règle qui exige pour la mère le concours des deux plus proches parents paternels doit s'entendre raisonnablement. Ainsi, si les deux plus proches parents paternels demeuraient à une très-grande distance, il suffirait du concours de deux parents plus éloignés en degré et demeurant sur les lieux. Que si l'enfant n'avait aucun parent paternel, il suffirait du concours de deux des membres du conseil de famille, lesquels remplacent ces parents paternels : car, ainsi qu'on l'a déjà vu, ce conseil, alors même qu'il est composé d'étrangers, constitue, quant à l'administration de la personne et des biens de l'enfant, sa parenté légale. Mais que déciderait-on si, dans ce cas d'absence de parents paternels, il n'y avait pas non plus de conseil de famille? Par exemple, si c'était, non pas la mort du père, mais son interdiction, qui eût attribué à la mère l'exercice de la puissance paternelle, la tutelle ne s'ouvrant que par la mort de l'un des époux (art. 390), et l'enfant, dès lors, n'ayant pas de conseil de famille dans ce cas, comment la mère agirait-elle?

Le danger que la loi veut prévenir en exigeant le concours de deux parents est indépendant, on le conçoit, du point de savoir si des parents existent ou n'existent pas ; et par conséquent on ne peut pas plus permettre alors à la mère d'agir seule, comme le prétendent quelques jurisconsultes, notamment M. Toullier (I, p. 483), qu'on ne peut la priver absolument du droit de correction, comme le veut M. Allemand (II, 1091). C'est évidemment le cas, par analogie de l'art. 409, qui permet de remplacer les parents par des personnes connues pour avoir eu des relations d'amitié avec l'auteur dont les parents manquent, d'exiger le concours de deux alliés ou amis du père (1).

140. Et ce n'est pas seulement pour faire détenir l'enfant que la mère a besoin du concours de deux parents ou amis, c'est aussi, selon nous et malgré l'opinion contraire de MM. Zachariæ (III, p. 679), Valette (II, p. 247) et Demolombe (VI, 356), pour le faire sortir avant le temps marqué. La loi ne s'en explique pas; mais son esprit nous paraît clair à ce sujet. En effet, si une mère, après avoir fait enfermer son enfant, pouvait le rendre seule à la liberté, on la verrait souvent, après une seule nuit passée dans les larmes et les regrets, user promptement de cette faculté, demander presque excuse, par ses caresses, à un enfant qui rirait bientôt de son autorité, et transformer ainsi son pouvoir protecteur en une arme fatale et à elle et à l'enfant lui-même. D'ailleurs, les textes, sans s'expliquer positivement, jettent cependant assez de jour sur la question. Car, puisque la mère, même *avec* le concours exigé, n'a pour la détention qu'un droit plus restreint que celui du père, comment aurait-elle, pour l'élargissement, un droit égal au sien,

(1) Zachariæ (III, p. 677) ; Valette (sur Proudhon, II, p. 247) ; de Belleyme (*Ord. sur réf.*, I, p. 14); Demolombe (VI, 353).

même *sans* ce concours?... Si donc un point pouvait être douteux, ce serait plutôt celui de savoir si, dans le silence de la loi, le droit d'élargissement ne devrait pas être refusé à la mère malgré le concours des deux parents, comme le pensait en effet Proudhon. Mais comme c'est là une disposition toute d'humanité; que d'ailleurs la faculté est jointe par la loi au simple droit de faire détenir par réquisition, droit qui appartient à la femme à la condition du concours des parents; qu'enfin, au moyen de ce concours, cette faculté ne présente aucun danger, nous ne pensons pas que la loi ait entendu la refuser à la mère sous cette condition.

Quand la mère est actuellement remariée, elle ne peut jamais faire détenir son enfant, par quelque moyen que ce soit. La loi, qui craint pour le père lui-même l'influence d'une seconde épouse et qui restreint son droit dans le cas d'un second mariage, devait craindre bien davantage l'influence d'un second mari; et puisqu'elle n'accordait à la mère, alors même qu'elle est indépendante, qu'une puissance très-limitée, elle devait la lui enlever en entier quand elle convole à de nouvelles noces. Aussi est-ce seulement à la mère *non remariée* que l'art. 381 donne les droits, déjà bien restreints, dont nous venons de parler. Que si le second mari venait à mourir, la mère recouvrerait son droit, l'influence de ce mari n'étant pas à craindre (1).

IV. — 141. Parmi les règles auxquelles la loi soumet la détention de l'enfant, il en est qui ne varient jamais et qui restent les mêmes, sans considération du point de savoir si c'est le père ou si c'est la mère qui exerce l'autorité.

Ainsi, 1° la détention d'un enfant âgé de moins de quinze ans ne peut jamais durer plus d'un mois; pour l'enfant au-dessus de cet âge, elle peut être étendue jusqu'à six mois. — Zachariæ enseigne (III, p. 677 et 678) que le maximum de six mois est autorisé toutes les fois que la détention a lieu par voie de réquisition. Cette doctrine nous paraît une erreur évidente. Les art. 380, 381 et 382 ne renvoient à l'art. 377 que pour la forme à suivre, pour la nécessité de la réquisition, et non pour la durée de la détention. Et il en devait être ainsi. En effet, l'accomplissement de la quinzième année chez l'enfant apporte à la règle de l'art. 376 deux modifications : 1° la possibilité d'une détention plus longue, ce qui est fondé sur la possibilité d'écarts plus graves ; 2° la substitution de la voie de réquisition à la voie d'autorité, dont le motif est que l'enfant a droit à plus d'égards. Or, quand le père est remarié, ou que c'est la mère qui agit, ou que l'enfant a des biens ou un état, mais que d'un autre côté cet enfant est encore au-dessous de quinze ans, le premier de ces motifs n'existe plus : la circonstance que l'enfant a droit à plus d'égards, ou que la position de l'auteur fait naître de la défiance, motive bien alors la substitution de la voie de réquisition à la voie d'autorité; mais la possibilité d'écarts plus graves n'est

(1) Nous avons signalé au n° III la doctrine contraire et, selon nous, inexacte de M. Demolombe.

plus là pour motiver la plus longue durée de la détention. — M. Demolombe (VI, 329) reproduit notre doctrine à cet égard.

2° La détention de l'enfant n'est pas considérée par la loi comme un emprisonnement proprement dit. Ainsi, tandis qu'on ne peut jamais écrouer une personne que dans un établissement ayant caractère légal de prison, l'enfant peut être détenu partout ailleurs; c'est pour donner toute latitude à cet égard que, lors de la discussion au conseil d'État, sur les observations des consuls Lebrun et Cambacérès on a retranché de l'art. 376 les mots *dans une maison de correction* (Fenet, t. X, p. 506, 509 et 510). Ainsi encore, tandis que la détention ordinaire ne peut se faire que par le ministère d'un fonctionnaire public, et avec un acte d'*écrou,* c'est-à-dire un procès-verbal rédigé sur le registre de la prison pour constater la remise du détenu (art. 608-610 C. inst. crim.; 789 et 790 C. pr.), celle de l'enfant, au contraire, se fera sans aucune espèce de formalité, sans aucune autre écriture que l'ordre même d'arrestation, lequel ne devra pas même indiquer les causes de la détention (art. 378). La loi n'a pas permis, n'a pas pu permettre, qu'une simple punition paternelle imprimât à un enfant le titre de prisonnier, et devînt pour lui une honte ineffaçable.

3° Le père (ou la mère) qui veut faire détenir son enfant doit souscrire une obligation de payer les frais auxquels l'arrestation et la détention pourraient donner lieu, et verser d'avance une somme suffisante pour fournir à l'enfant des aliments convenables. Nous disons qu'il doit payer les aliments à l'avance; parce que, selon nous, dans le second alinéa de l'art. 387, les mots *et de fournir* se rapportent, non pas au mot *soumission,* mais au mot *tenu.* En effet, les art. 789, 5°, 791 et 800 du Code de procédure exigent que le créancier qui fait emprisonner son débiteur consigne à l'avance un mois au moins d'aliments; or, bien qu'il n'y ait pas une analogie parfaite entre les deux cas, ces dernières dispositions nous paraissent prouver suffisamment que notre art. 378 doit être entendu dans le sens que nous lui donnons.

4° Enfin, quand l'enfant a des biens personnels ou un état, non-seulement il ne peut être détenu que par voie de réquisition, mais, de plus, il a le droit, quand l'arrestation est opérée, d'adresser au procureur général un mémoire tendant à faire révoquer ou modifier l'ordre du président du tribunal. Le procureur général se fait rendre compte des faits par le procureur impérial et fait son rapport au président de la Cour; celui-ci peut, après avoir donné avis au père, pour qu'il puisse lui soumettre ses observations, abréger ou faire cesser la détention. Ce droit d'appel, au président de la Cour, de la décision du président du tribunal, ne suspend pas l'exécution de cette décision, puisque, d'après l'art. 382, c'est seulement quand cette décision s'est provisoirement exécutée, quand l'enfant est déjà détenu, que le mémoire peut être adressé. On voit aussi, par ce même art. 382, que ce droit n'appartient qu'à l'enfant ayant des biens personnels ou exerçant un état, et que, dans les autres cas de détention par réquisition, l'ordre du président du tribunal reste inattaquable.

142. Cependant, M. Zachariæ professe une doctrine contraire, et à défaut du texte de la loi, qui ne saurait se prêter à son interprétation, il s'appuie sur les discussions qui ont accompagné la rédaction de notre titre. Ainsi, malgré le sens contraire de nos articles, le droit d'appel pour tous les cas de détention par réquisition aurait été, selon lui, dans la volonté des législateurs (*loco cit.*). Nous ne saurions partager cette idée. Voici, en effet, l'historique succinct de ce qui s'est passé sur ce point.

Dans la séance du conseil d'État du 8 vendémiaire an 11, on discute le projet de nos articles d'après lequel le père, quel que fût l'âge de l'enfant et sans aucune autre cause de distinction, pouvait toujours faire détenir cet enfant par voie d'autorité. Le consul Cambacérès critique ce projet. Il veut d'abord qu'à un certain âge l'enfant ne puisse plus être détenu que par voie de réquisition ; puis il ajoute que « il faudrait limiter *encore davantage* le pouvoir du père quand l'enfant a reçu des biens de la libéralité de ses parents ou amis, ou qu'il est parvenu à s'en donner lui-même par son travail ; que si cet enfant a pour père un dissipateur, celui-ci cherchera à le dépouiller et pourra se venger de ses refus en lui faisant acheter sa liberté ; qu'il serait juste d'autoriser cet enfant à se pourvoir devant le président et le commissaire du tribunal d'appel (le procureur général de la Cour) contre la décision du président de première instance, laquelle serait cependant exécutée par provision. » Ces amendements sont adoptés, et les textes du projet modifiés en conséquence. Les art. 376 et 377 (6 et 7 du projet) sont rédigés tels que le Code les présente aujourd'hui, sauf deux changements postérieurs qui n'ont pas trait à notre question. Quant à notre art. 382 (art. 12 du projet), il n'était pas aussi explicite qu'il l'est maintenant ; il disait seulement que *l'enfant détenu (ayant des biens personnels) pourra adresser au commissaire du gouvernement près le tribunal d'appel un mémoire contenant ses moyens de défense ;* mais il n'indiquait pas le but de ce mémoire, le droit que, dans la pensée des rédacteurs, il donnerait au président de la Cour de révoquer l'ordre des premiers juges (Fenet, t. X, p. 496, 500 et 501).

Trois jours après cette discussion, le 11 vendémiaire, le projet fut communiqué officieusement au Tribunat. Cette assemblée, qui ne connaissait pas les observations auxquelles l'art. 382 avait donné lieu, ne comprit ni les motifs ni le but de la disposition qui permettait à l'enfant propriétaire d'adresser un mémoire au commissaire du gouvernement, et elle en demanda la suppression. On disait en substance : « Cette partie de l'article n'indique pas ce qu'aurait à faire le commissaire (le procureur général)... Il n'a sans doute pas été dans l'intention des auteurs du projet d'introduire une instance dans laquelle le père serait obligé de venir justifier sa demande... Le mémoire aurait donc pour unique effet d'appeler, de la part de ce commissaire, *une simple surveillance* tendant à ce qu'il ne se commît aucune vexation... Mais, s'il en est ainsi, rien n'empêche l'enfant d'adresser un mémoire dans *tous les cas possibles,* et dès lors la disposition est inutile et sans objet...

Elle est même dangereuse, en ce qu'elle pourrait faire croire aux tribunaux qu'il s'agit de revenir sur l'ordre délivré par le président de première instance. » En conséquence, la section propose de supprimer la phrase : *L'enfant détenu pourra adresser, etc.* (Fenet, t. X, p. 504 et 505).

On voit que le Tribunat prenait le change sur le but du mémoire, et que son observation ne pouvait pas être prise en considération par le conseil d'État. Aussi, qu'arriva-t-il? La disposition qui autorisait ce mémoire fut-elle supprimée, comme on le demandait? Loin de là : les observations du Tribunat appelèrent au contraire, de la part du conseil d'État, une déclaration très-nette du but incompris qu'avait la disposition, de faire modifier ou même révoquer l'ordre du président de première instance.

Donc, la loi se trouve être précisément le contre-pied des observations du Tribunat. Comment, dès lors, M. Zachariæ a-t-il pu écrire que *ces observations et les changements qu'elles ont fait faire à notre article* prouvent que la disposition dont il s'agit s'applique à tous les cas de détention par voie de réquisition?... Sans doute, si le mémoire avait eu simplement pour but, comme le pensait le Tribunat, d'appeler la *surveillance* du procureur général, il aurait été possible dans toute détention par réquisition; mais le mémoire dont parle notre article, un mémoire faisant naître, pour le procureur général et le président de la Cour, un devoir de révision et le pouvoir de modifier ou même de révoquer l'ordre du premier juge, ce mémoire, dans la pensée des rédacteurs, n'était permis qu'à l'enfant qui a des biens ou qui exerce une profession; et loin que les observations du Tribunat et le changement qu'elles ont amené dans notre article prouvent l'abandon de cette pensée de la part des rédacteurs, ils prouvent, au contraire, qu'ils y tenaient fortement.

Ainsi, il est incontestable que l'art. 382 a été discuté par le conseil d'État, communiqué au Tribunat, et définitivement rédigé avec le sens restrictif que nous lui avons attribué, et qu'il présente en effet.

Il est vrai, maintenant, qu'après la rédaction définitive, le Tribunat conserva une partie de ses fausses idées, celle notamment que la règle de l'art. 382 était faite pour tous les cas de détention par réquisition. Le tribun Albisson, chargé de porter au Corps législatif le vote du Tribunat, disait : « Si l'enfant a moins de seize ans commencés, le père peut le faire détenir par le seul effet de sa volonté... Depuis quinze ans et un jour, le père peut seulement requérir la détention... Si le père est remarié, il n'a encore que le droit de réquisition... Même restriction si l'enfant a des biens ou s'il exerce un état... La mère n'a également que le droit de réquisition... *Dans tous les cas,* l'enfant détenu peut réclamer par un mémoire, etc. » (Fenet, p. 541 et 542.) Mais il ne faudrait pas croire pour cela que le conseil d'État eût renoncé à sa pensée pour revenir à celle du Tribunat; il ne faudrait pas croire non plus que le gouvernement n'ait obtenu le décret de la loi, rédigée telle que nous l'avons, qu'au moyen d'une espèce d'escamotage, et en tai-

sant devant le Corps législatif le véritable sens de l'article, pour laisser apparaître seulement celui que le Tribunat lui donnait par erreur. Loin de là, l'orateur du gouvernement, chargé d'expliquer le projet au Corps législatif, exprima nettement le sens que présente la simple lecture des articles, le sens que nous avons indiqué, le sens que les rédacteurs ont toujours donné à cette disposition. Il disait : « Le projet règle le pouvoir du père par des considérations prises de l'âge de l'enfant et de sa situation. Autant il est raisonnable de donner au père le droit de faire enfermer de sa seule autorité un enfant de douze ans, autant il serait injuste de laisser pour ainsi dire à sa discrétion un adolescent d'une éducation soignée... Le président et le commissaire du tribunal doivent donc être autorisés à peser les motifs d'un père qui veut faire enfermer un jeune homme au-dessus de seize ans commencés... Il faut des précautions *plus sévères encore* lorsque l'enfant a des biens personnels, ou qu'il exerce un état dans la société... Il est de toute justice, *dans cette dernière hypothèse*, que l'enfant soit autorisé à se pourvoir devant le président et le commissaire du tribunal d'appel contre, etc. » (*Ibid.*, p. 519 et 520.)

Donc, le sens que nos articles présentent tout naturellement est bien celui avec lequel ils ont été écrits, puis proposés au décret; et nous nous étonnons de voir M. Demolombe (VI, 331) se ranger à l'idée contraire. L'honorable professeur est d'ailleurs inexact quand il dit que notre opinion se fonde *uniquement* sur les travaux préparatoires. On vient de voir qu'elle se fonde surtout et avant tout sur le texte de la loi; que c'est la doctrine contraire qui a cherché dans les travaux préparatoires un argument qui renversât celui du texte; et que c'est pour rétorquer cet argument que nous avons recouru nous-même aux procès-verbaux (1).

383. — Les articles 376, 377, 378 et 379, seront communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus.

SOMMAIRE.

I. Droit de correction attribué aux parents naturels.
II. En principe, il n'appartient à la mère qu'à défaut du père.
III. Il reçoit également toutes les autres règles portées pour la correction des enfants légitimes, sauf les modifications qu'exigent les circonstances. Erreur de M. Duranton.
IV. Ce n'est pas seulement le droit de correction, mais le droit d'éducation dans son ensemble, qui appartient aux pères et mères naturels. — Par qui ce droit sera-t-il exercé ?

I. — 143. On a reproché au Code Napoléon, et avec beaucoup de raison, de ne pas s'être occupé suffisamment des enfants naturels : nous le verrons, au titre suivant, garder un silence complet sur la tutelle de ces enfants : ici, la règle qu'il porte sur la puissance paternelle de

(1) *Conf.* Maleville, Duranton (III, 355); Chardon (*Puiss. pat.*, n° 29).

leurs père et mère est loin d'être assez explicite, et donne lieu à de nombreuses dissidences, soit entre les tribunaux, soit entre les auteurs.

Ce qui est certain, par le renvoi que notre article fait aux quatre art. 376 à 379, c'est que les pères et mères naturels peuvent faire détenir leurs enfants, soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition, selon les cas (art. 376 et 377), sans qu'il soit besoin d'aucune formalité autre que l'ordre d'arrestation, la soumission de payer les frais, et la consignation des aliments (art. 378); et qu'ils peuvent toujours abréger la détention, comme aussi exiger ou requérir une détention nouvelle en cas d'écarts nouveaux (art. 379).

II. — 144. Mais d'abord, comment faut-il entendre la règle de notre article? Est-ce seulement aux pères et mères réunis que ce droit de correction est accordé, en sorte qu'il ne pourrait être exercé que par les deux auteurs, tous deux vivants, légalement connus, capables et agissant d'un commun accord? ou bien appartient-il séparément à chacun de ces parents, en sorte que l'un d'eux, quel qu'il fût, pût l'exercer malgré la présence et l'inaction de l'autre? ou bien enfin, appartient-il à chacun sous des conditions analogues à celles établies pour les auteurs légitimes, en sorte que la mère ne pourrait agir qu'à défaut du père?... Cette dernière idée nous paraît seule vraie.

Et d'abord, on ne voit aucune espèce de raison chez le législateur pour soumettre le droit de correction à la condition du concours des deux auteurs; il est clair que la loi veut dire que, quand un seul auteur sera connu, il pourra punir l'enfant que la reconnaissance légale place sous sa puissance, comme il peut consentir ou ne pas consentir à son mariage (art. 149-158). La seconde des trois idées ci-dessus ne nous paraît pas plus admissible que la première. La pensée de la loi ne peut pas être de donner à l'enfant deux chefs, revêtus, chacun en particulier, d'un pouvoir légal et parallèle, et dont l'un pourrait défendre ce que commanderait l'autre. Donc, quoiqu'il n'y ait pas entre les deux parents naturels, comme entre deux époux, cette société légale qui donne au mari supériorité sur la femme; comme il existe cependant un enfant, objet commun de leur autorité, il faut bien que l'un soit préféré à l'autre pour l'exercice de cette autorité. La loi nous prouve que telle est son idée quand elle veut que, en cas de consentement au mariage, la volonté du père naturel soit prépondérante, comme l'est la volonté du père légitime (art. 148 et 158). Cette preuve est d'autant plus forte que, le législateur voulant toujours favoriser les mariages et les permettre le plus souvent possible, il n'aurait pas manqué, s'il eût regardé les père et mère comme égaux en autorité, de se contenter ici du consentement de l'un des deux auteurs, comme il le fait pour le consentement d'une des deux lignes. Il est donc certain, malgré la doctrine contraire de M. Duranton (III, 360), que, même dans le cas de filiation naturelle, l'autorité du père passe avant celle de la mère; dès lors, la mère naturelle ne pourra faire détenir l'enfant qu'autant que le père serait inconnu, mort, absent, interdit, ou déchu de la puis-

sance paternelle. C'est ce que reconnaît comme nous M. Demolombe (VI, 629).

Voilà ce qui nous paraît incontestable en principe ; mais ce qu'il faut s'empresser de dire, c'est que ce principe pourra être, et sera souvent en effet, modifié par les tribunaux, qui devront toujours se déterminer par le plus grand intérêt de l'enfant, ainsi que nous allons l'expliquer au n° IV.

III. — 145. Et maintenant, comment la mère exercera-t-elle son droit? Pourra-t-elle, comme le père, agir par voie d'autorité tant que l'enfant n'aura pas quinze ans révolus?... M. Duranton (t. III, n° 360) le pense ainsi, par la raison que notre article ne renvoie pas à l'article 380, et que la mère naturelle a besoin, selon lui, d'une autorité plus grande que la mère légitime. Mais ces raisons sont évidemment sans valeur.

En effet, il est incontestable, et M. Duranton le proclame lui-même, que c'est dans l'intérêt, non pas des parents, mais de l'enfant, que la puissance paternelle est organisée ; s'il en est ainsi, ce n'est donc pas du plus ou moins grand besoin d'autorité chez l'auteur qu'il faut se préoccuper. La mère naturelle, dites-vous, est moins respectée, son influence est moins grande, et dès lors son autorité doit être plus étendue... Mais un père naturel est aussi beaucoup moins respecté, beaucoup moins influent qu'un père légitime ; il devrait donc avoir une autorité plus grande que le premier. De même, sur un enfant, soit naturel, soit légitime, la mère a moins d'influence que le père ; donc le pouvoir de la mère devrait être plus grand ! De même encore, le père exerce bien plus d'influence sur l'enfant de dix ou onze ans que sur l'enfant de dix-neuf ou vingt ans ; donc il devrait avoir un pouvoir d'autant plus étendu que l'enfant est plus âgé ! Enfin, le jeune homme qui se voit propriétaire de biens personnels, sera naturellement moins soumis, plus indépendant, plus difficile à conduire ; donc cette circonstance doit faire donner aux parents un pouvoir plus énergique ! C'est-à-dire que votre principe conduit précisément à faire, partout et toujours, tout le contraire de ce qu'a fait la loi... Et il en devait être ainsi, puisque ce système ne se préoccupe que des parents, tandis que c'est de l'enfant que le législateur entend se préoccuper. Ainsi, au lieu de dire : La mère est plus faible, donc il faut lui donner *plus* d'autorité, le Code dit : La mère est plus faible, donc elle offre moins de garantie, donc il faut lui donner *moins* d'autorité... Ce point de départ de la loi ne saurait être douteux, et ce n'est que par inadvertance que M. Duranton a pu l'abandonner. Or, la mère naturelle est-elle moins faible que la mère légitime? a-t-elle plus d'énergie dans le caractère, plus de force dans la volonté?... Comment donc aurait-elle un pouvoir plus grand?... Ne voit-on pas que, comme l'a dit Delvincourt, ce serait immoral et très-immoral, en même temps qu'illogique et contraire à la théorie de la loi ?

Mais, dit-on, notre article ne renvoie pas à l'art. 380. C'est vrai. Mais il ne renvoie pas non plus à l'art. 371 ; en conclurez-vous que

l'enfant naturel ne doit pas honneur et respect à ses père et mère?... Il ne renvoie pas à l'art. 372; en conclurez-vous que ce n'est pas jusqu'à sa majorité ou son émancipation qu'il reste sous leur autorité? Jusques à quand donc y reste-t-il?... Il est évident qu'en renvoyant seulement aux quatre art. 376-379, les rédacteurs entendaient consacrer les règles *principales* d'un système qui devait s'appliquer dans tout son ensemble, sauf seulement les modifications que l'absence de mariage rendrait nécessaires. Ils pensaient que la proclamation de ces règles principales consacrait suffisamment, par l'analogie, les autres règles se rattachant à celles-ci. Aussi, l'orateur du gouvernement, dans son Exposé des motifs, après avoir développé les règles du droit d'éducation et de correction sur les enfants légitimes, disait au Corps législatif : « Un des articles du projet (c'est le nôtre) accorde *la même puissance et les mêmes droits* aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus. » (Fenet, t. X, p. 521.)

Ainsi, la mère naturelle ne pourra jamais faire détenir l'enfant que par voie de réquisition et avec le concours de deux membres d'un conseil de famille, par analogie de l'art. 380 (1). Ainsi encore, par analogie de l'art. 383, le père lui-même ne pourra faire détenir l'enfant au-dessous de quinze ans que par voie de réquisition, quand il aura des biens personnels ou un état; car cette cause de restriction est *identiquement* la même pour l'enfant naturel que pour l'enfant légitime. Ainsi, enfin, par analogie des art. 380 et 381, le mariage du père ou de la mère avec une autre personne que le second auteur de l'enfant ne laisserait au premier que la voie de réquisition, et enlèverait tout moyen de détention à la seconde; car, de la part d'un époux, de mauvaises dispositions et une influence funeste sont *plus à craindre* encore pour l'enfant naturel du conjoint que pour l'enfant légitime que ce conjoint aurait eu d'un mariage précédent. Ces idées sont pleinement adoptées par M. Demolombe (646 et 647).

IV. — 146. Quoique notre article ne consacre expressément, pour les parents naturels, que le droit de correction, il est clair, comme nous l'avons déjà fait entendre, qu'ils ont le droit d'éducation dans son ensemble; car le droit de correction ne peut exister que comme conséquence de ce droit d'éducation, et ne saurait se concevoir là où le droit de diriger la personne de l'enfant ne se trouverait pas.

Ainsi, par application des art. 372 et 374, l'enfant naturel mineur et non émancipé sera tenu de résider chez son père ou chez sa mère et ne pourra quitter leur demeure sans leur consentement, à moins que ce ne soit pour enrôlement militaire après vingt ans, ou qu'il n'y soit autorisé judiciairement pour des causes graves.

---

(1) Il ne peut pas être question, pour la mère naturelle, du concours de deux parents paternels, puisque l'enfant naturel n'a jamais d'autres parents que les père et mère qui l'ont reconnu. Nous demandons le concours de deux membres du conseil de famille, lequel conseil pourra toujours exister; car, ainsi que nous le verrons sous l'art. 390, l'enfant naturel peut toujours être pourvu d'un tuteur et d'un conseil de famille de suite après sa naissance, à la différence de l'enfant légitime, pour lequel la tutelle ne s'ouvre que par la dissolution du mariage de ses père et mère.

Mais ici se présente la même question que pour le droit de correction : par qui le droit d'éducation sera-t-il exercé ? Il est clair que la réponse est la même et s'appuie sur les mêmes motifs : c'est au père, et, à son défaut seulement, à la mère, que l'exercice du droit appartient en principe. Ainsi, c'est le père qui déterminera comment l'enfant doit être élevé, quel genre d'instruction il doit recevoir, quel état il doit apprendre ; c'est chez lui qu'il devra résider ; si cet enfant, encore âgé de moins de vingt ans, voulait s'enrôler, il ne le pourrait qu'avec le consentement du père, et il le pourrait toujours avec ce consentement, alors même que la mère refuserait. En un mot, et pour embrasser dans une seule phrase l'idée qui nous occupe ici et celle qui a été développée au n° II, c'est au père, en principe, qu'appartient dans tout son ensemble le droit d'éducation de l'enfant. Mais ce principe devra subir de fréquentes modifications, pour une cause que l'on va comprendre facilement, et sur laquelle nous reviendrons au titre *De la Tutelle* pour en déduire de nouvelles conséquences.

Pour un enfant légitime, l'habitation commune des père et mère et le concours de leurs soins rendraient sans danger l'obligation, absolue pour l'enfant, de résider chez le père, et les autres conséquences de la règle posée par l'art. 373. Mais, pour un enfant naturel, dont les père et mère seront très-souvent éloignés l'un de l'autre, la règle ne peut recevoir une application aussi rigoureuse ; et le droit pour les tribunaux de la modifier selon le besoin des circonstances résulte bien clairement, par analogie, de l'art. 302. Cet article, on le sait, permettait au tribunal, en cas de divorce, de confier les enfants à celui des époux qu'il jugerait à propos de désigner, et nous avons vu (art. 311, n° III), que cette disposition doit s'appliquer aussi en cas de séparation de corps. Si donc les deux auteurs d'un enfant naturel ne vivent pas ensemble, les tribunaux pourront, ou plutôt devront, confier cet enfant à celui des parents auquel il lui sera plus avantageux d'être remis. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un enfant au berceau, il est clair que la mère seule peut en être chargée. De même, si l'enfant est une jeune fille que la mère élève convenablement et qu'un père de mœurs peu régulières vient réclamer, le tribunal n'admettra pas les prétentions de celui-ci. En un mot, les juges devront toujours, dans ces circonstances, rechercher *le plus grand avantage des enfants*, conformément au principe de l'art. 302 (1).

APPENDICE AUX ARTICLES PRÉCÉDENTS

POUR LE DROIT D'ADMINISTRATION DES BIENS DE L'ENFANT.

I. — 147. A côté du droit d'éducation (comprenant le droit de correction), la puissance paternelle engendre, pour les père et mère lé-

(1) *Conf.* Riom, 26 juill. 1854 (Dev., 55, II, 13 ; Dall., 55, II, 81) ; Lyon, 8 mars 1859 (Dev., 60, II, 431) ; Aubry et Rau (IV, § 571, p. 713).

gitimes, le droit de gouverner les biens de leurs enfants ; en sorte que cette puissance consiste, en définitive, dans le pouvoir d'administrer la personne et la fortune de l'enfant mineur non émancipé. Ce second droit est écrit dans l'art. 389, qui déclare que « le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. »

Cet article, que les rédacteurs ont reporté au titre *De la Tutelle,* n'y est pas à sa place; c'est dans notre titre *De la Puissance paternelle* qu'il devait se trouver. La tutelle, en effet, ne commence qu'*après la dissolution du mariage* (art. 390), et c'est de l'administration qui a lieu *durant le mariage* que l'art. 389 s'occupe. Il est facile de s'expliquer cette transposition, par la pensée qu'ont eue les rédacteurs, de régler, dans une même série d'idées, l'administration des biens de l'enfant, depuis son bas âge jusqu'à sa majorité ou son émancipation, en considérant successivement cette administration, 1° pendant l'existence des père et mère (art. 389); 2° après la mort de l'un des deux (art. 390 à 396); 3° après la mort de tous deux (art. 397 et suiv.); mais, nous le répétons, la place assignée à cet article n'en est pas moins illogique, puisque le cas dont il s'occupe n'est pas un cas de tutelle. Et cette observation présente une haute importance; car, puisque dans cette circonstance le père n'est pas tuteur, il s'ensuit qu'on ne lui imposera pas un subrogé tuteur (art. 420), un conseil de famille (art. 406 et 421), que ses biens ne seront pas grevés de l'hypothèque légale (article 2121).

Il est hors de doute que la pensée du législateur n'a jamais été de soumettre l'*administration paternelle* des biens, c'est-à-dire celle qui a lieu pendant le mariage, aux diverses précautions qui entourent l'administration tutélaire.

Dans la rédaction primitive du titre *De la Tutelle,* l'art. 382 n'existait pas : le chapitre *De la Tutelle* commençait par l'art. 390, déclarant que la tutelle commence à la dissolution du mariage. Les rédacteurs avaient gardé le silence sur l'administration antérieure à cette dissolution du mariage, parce qu'ils regardaient comme allant de soi que l'administration paternelle resterait, dans le nouveau droit, ce qu'elle était dans l'ancien.

Telle fut aussi la pensée du Tribunat; mais cette assemblée trouva bon de régler ce point par une disposition expresse. On lit dans les observations du Tribunat : « La section pense que le premier article du chapitre (*De la Tutelle*) doit énoncer en termes précis quelle est, durant le mariage, la qualité du père par rapport aux biens des enfants mineurs... Jamais le père n'a été qualifié de tuteur de ses enfants avant la dissolution du mariage. Si, pendant le mariage, la loi n'admettait aucune différence entre le père et le tuteur, il faudrait donc que le père fût, par rapport aux biens des enfants, assujetti pendant le mariage aux conditions et charges que la loi impose au tuteur: il faudrait que le père fût sous la surveillance d'un subrogé tuteur, sous la dépendance d'un conseil de famille, etc.; ce qui répugne aux principes constamment reçus. Jusqu'à la dissolution du mariage, le véritable rôle

du père est celui d'administrateur. » C'est sur ces motifs que la section proposa sa disposition qui forme aujourd'hui l'art. 389 (Fenet, t. X, p. 608).

Donc la proposition par nous émise, et qui a été quelquefois niée par quelques auteurs et arrêts (1), que l'administration paternelle ne reçoit ni hypothèque légale, ni subrogé tuteur, ni conseil de famille, ne surait être désormais l'objet d'aucune contestation (2). C'est aussi ce qu'a écrit depuis nous M. Demolombe (VI, 420-423).

II. — 148. Au reste, le texte que nous avons cité comme constatant ce droit d'administration, demande deux légères observations pour être entendu d'une manière parfaitement exacte. Ainsi, d'abord, quoiqu'il parle, absolument et sans distinction, des biens *des enfants mineurs,* il ne s'applique cependant pas à tous les mineurs, mais seulement aux mineurs non émancipés; car l'émancipation confère à l'enfant lui-même l'administration de ses biens (art. 481), de même qu'elle le soustrait au droit d'éducation (art. 372). En second lieu, quoique la loi ne parle que du père, il faut dire qu'elle le fait dans la prévoyance des cas ordinaires, en statuant *de eo quod plerumque fit,* comme dans les art. 373, 374, 382 et 384 ; en sorte que, si le père était interdit, ou présumé absent, ou déchu de son droit de puissance paternelle, c'est à la mère que ce droit d'administration passerait, puisqu'il est, comme le droit d'éducation, la conséquence du droit de puissance. (*Voy.* la note du n° I de l'art. 390.)

Cette administration des biens de l'enfant, qui, bien entendu, soumet le père (ou la mère) à l'obligation de rendre compte des biens qu'il a gérés (art. 389, 2e alin.) (3), n'appartient jamais aux père ou mère naturels en cette qualité de père ou mère ; s'ils l'ont, ce n'est qu'à titre de tuteur, comme nous le verrons sous l'art. 390, n° II. Ces parents naturels ne jouissent pas non plus du troisième et dernier effet de la puissance paternelle, que règlent les quatre derniers articles de notre titre, l'usufruit légal des biens des enfants : le droit d'éducation est le seul qui leur soit commun avec les père et mère légitimes.

III. — 149. Si, pendant l'administration paternelle, l'administrateur (père ou mère) se trouvait avoir, soit pour le partage d'une succession, soit dans une contestation quelconque, des intérêts opposés à ceux de l'enfant, il est clair qu'il n'aurait plus capacité pour représenter l'enfant; car *nemo potest auctor esse in rem suam.* Il faudrait donc le remplacer momentanément par un représentant autre, donné spécialement pour l'affaire, un tuteur nommé *ad hoc.*

---

(1) Persil (art. 2121, n° 36) ; Battur (*Hyp.*, II, 365) ; Colmar, 22 mai 1816; Toulouse, 22 déc. 1818.

(2) Jugé en conséquence que le délai d'appel d'un jugement rendu contre l'enfant mineur représenté par son père court par la signification de ce jugement au père, sans qu'il soit nécessaire de le signifier en outre à un subrogé tuteur, conformément à l'art. 444 du Code de procédure civile. Besançon, 29 nov. 1864 (Dev., 65, II, 76).

(3) Mais l'art. 472, qui frappe de nullité tout traité intervenu entre le tuteur et le pupille devenu majeur, ne s'applique pas au père administrateur légal, durant le mariage, des biens de ses enfants mineurs. Aix, 9 nov. 1864 (Dev., 65, II, 104).

Tout le monde est d'accord là-dessus; seulement M. Duranton (III, 415) veut que ce représentant momentané prenne le nom de *subrogé tuteur ad hoc* et non de *tuteur*. Ce n'est là, on le voit, qu'une question de mots, qui ne valait pas, selon nous, que le savant professeur s'en occupât, et sur laquelle, au surplus, nous ne saurions être de son avis. Il ne peut pas y avoir un tuteur subrogé, un tuteur *en second*, quand il n'y a pas de tuteur en premier. (*Conf.* Demolombe, VI, 422.)

IV. — 150. Nous avons dit et prouvé que, pour l'administration paternelle, il n'existe point de conseil de famille. Ceci donne lieu à plusieurs questions qu'il nous faut résoudre ici.

Ainsi, d'abord, quels seront les droits de l'administrateur légal pour les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation de ce conseil, suivie ou non de l'homologation du tribunal? La solution de cette question nous paraît se trouver dans cette idée du législateur, que l'amour, la prudence, la prévoyance des père et mère réunis et se consultant l'un l'autre sur les intérêts de leur enfant commun, remplacent suffisamment la protection que l'enfant soumis à la tutelle peut trouver dans une assemblée composée de parents éloignés ou même d'étrangers : aux yeux de la loi, l'administrateur légal, à cause des conditions favorables à l'enfant dans lesquelles il se trouve placé, mérite autant de confiance qu'un simple tuteur autorisé par la famille. Donc, les actes qu'un tuteur pourrait faire avec la seule autorisation de la famille et sans homologation du tribunal, l'administrateur légal pourra les faire seul. Ainsi, il pourra accepter ou répudier les successions échues à son enfant, les donations qui lui seraient faites; intenter ses actions immobilières ou y acquiescer, et provoquer un partage en son nom (art. 461, 463, 464 et 465).

Mais, dans les cas où l'autorisation du conseil de famille est elle-même insuffisante et où la justice doit intervenir, il est clair que l'homologation du tribunal sera nécessaire à l'administrateur légal comme elle le serait au tuteur : ainsi, pour emprunter au nom du mineur, pour aliéner ou hypothéquer ses immeubles (art. 458), et pour transiger (art. 467). En un mot, l'administrateur légal, puisqu'il n'est point soumis à un conseil de famille et que la loi lui accorde la même confiance qu'à ce conseil, aura ni plus ni moins les mêmes droits qu'un tuteur autorisé par ce conseil. Il devra aussi, bien entendu, suivre les mêmes formes (1).

V. — 151. Maintenant, si un administrateur légal est d'une inconduite notoire, ou que sa gestion prouve l'incapacité ou l'infidélité, il n'est pas douteux que la justice ne puisse ou ne doive, par analogie de l'art. 444, lui enlever son droit d'administration (2).

---

(1) *Conf.* Bertin (*Chambre du conseil*, t. I, p. 483). *Voy.* aussi Montpellier, 30 mars 1859 (Dev., 59, II, 508); Bourges, 11 fév. 1863 (Dev., 63, II, 121).

(2) Zachariæ (I, p. 202); Valette (II, p. 283); Demolombe (VI, 427); Paris, 29 août 1825; Rej., 16 déc. 1829; Rej., 19 avr. 1843; Rej., 20 juin 1843; Limoges, 28 fév. 1846 (Dev., 43, I, 385 et 651; 46, II, 355). — Jugé que s'il est vrai que le père administrateur légal des biens de ses enfants mineurs peut employer leurs capitaux en

Mais par qui sera-t-il destitué (ou exclu, s'il n'est pas encore entré en fonctions)? D'après les art. 446 et 448, c'est le conseil de famille qui, sauf réclamation au tribunal civil, prononce sur les exclusions et destitutions de tuteurs, et M. Zachariæ (t. I, p. 202) enseigne que c'est aussi le conseil de famille qui prononcera dans notre hypothèse. Or, il nous paraît impossible d'accepter cette décision, puisque dans notre espèce il ne doit pas exister de conseil de famille; que le subrogé tuteur, à la diligence duquel la poursuite devrait se faire devant ce conseil, n'existe pas non plus; et que c'est précisément pour que le parent administrateur ne fût pas *sous la dépendance d'un conseil de famille* que le Tribunat a fait introduire l'art. 389.

C'est donc directement le tribunal civil qui devrait, selon nous, être saisi dans ce cas. Mais par qui serait-il saisi? Nous ne voyons pas qu'il pût l'être autrement que par le procureur impérial agissant d'office sur les observations de parents ou d'amis (Pothier, *Du Mar.*, n° 384; Demolombe, VI, 399).

VI. — 152. Une dernière question relative à l'administration paternelle est celle de savoir si des biens peuvent être donnés ou légués à un enfant sous la condition que le père n'en aura pas l'administration, comme ils peuvent l'être sous la condition qu'il n'en aura pas la jouissance (art. 387). Un arrêt du Parlement de Paris du 9 février 1764, et trois arrêts depuis le Code ont jugé, et bien jugé selon nous, qu'une telle condition n'était pas légale et devait être réputée non écrite, comme contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public (1). Et en effet, la puissance paternelle, les droits d'éducation et d'administration des père et mère sur la personne et les biens de leurs enfants, ne peuvent pas être l'objet de conventions; ils ne peuvent pas, comme les questions d'intérêt pécuniaire, se modifier au gré des individus; toutes ces règles touchent évidemment à un ordre de choses que la loi seule a le pouvoir d'organiser. Aussi, tandis qu'un père pourrait très-bien renoncer à son droit d'usufruit légal, parce que ce n'est qu'un droit pécuniaire, il ne pourrait pas renoncer à la puissance que la loi lui donne sur ses enfants (art. 1388). Il en est autrement après la dissolution du mariage, parce qu'alors ce n'est plus l'administration légale, résultant de la qualité du père, qui existe, mais le simple pouvoir tutélaire, lequel, alors même qu'il appartient au père, est de la même nature et soumis aux mêmes règles que quand il appartient à un étranger. Tandis que l'administration *paternelle ne peut* appartenir qu'aux père et mère, l'administration tutélaire peut appartenir à tout le monde, et il devient

---

acquisitions d'immeubles, même à crédit, sans aucune autorisation, ce n'est qu'autant que les acquisitions ainsi faites ont eu lieu dans l'intérêt des mineurs; si elles déguisaient un véritable emprunt, la nullité en devrait être prononcée. Cass., 2 mai 1865 (Dev., 65, I, 206).

(1) Besançon, 25 nov. 1807; Caen, 11 août 1825; Rouen, 29 mai 1845 (Dev., 46, II, 379). — *Contrà :* Nîmes, 20 déc. 1837; Caen, 20 nov. 1840 (Dev., 38, II, 270; 41, II, 78); Orléans, 31 janv. 1854; Paris, 5 déc. 1854; Dijon, 23 août 1855; Cass., 26 mai 1856 (Dev., 54, II, 447; 54, II, 714; 55, II, 675; 56, I, 682); Besançon, 4 juill. 1864 (Dev., 65, II, 69); *Dict. not.* (v° Usufruit légal, n° 67).

dès lors indifférent qu'un donateur ou testateur, quant aux biens dont il dispose, l'enlève au tuteur (ce tuteur fût-il le père) pour la confier à une autre personne. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation le 11 novembre 1828, par un arrêt qui consacre aussi notre doctrine implicitement.

Mais, dit-on (M. Duranton, III, 375; M. Zachariæ, I, p. 202), l'inconduite, la mauvaise gestion, la dissipation du père ne peuvent-elles pas rendre cette condition très-morale et avantageuse à l'enfant? Sans doute, et le remède est dans l'art. 444, qui permet à la justice, comme nous l'avons dit plus haut, d'enlever au père l'administration. Mais l'administration devra être enlevée directement par l'autorité judiciaire, et non par la condition que contenait la donation ou le testament, par la volonté privée d'un tiers.

Ceci répondait d'avance à l'argumentation par laquelle M. Demolombe (VI, 458) s'efforce à son tour d'établir la doctrine contraire. L'honorable professeur nous dit que le droit d'administration des biens de l'enfant est un attribut naturel seulement, et non pas essentiel, de la puissance paternelle (puisque ce droit peut quelquefois être retiré au père), et il en conclut qu'un donateur peut dès lors interdire au père ce droit d'administration. L'argument n'a aucune valeur. D'abord, si le père peut être privé du droit d'administration, ne voit-on pas, et M. Demolombe n'enseigne-t-il pas comme nous, qu'il pourrait aussi être privé du droit de correction, de direction, d'éducation? Est-ce qu'un père indigne ne peut pas être dépouillé de toute autorité sur son enfant? Il n'est pas un seul des attributs de la puissance paternelle qui appartienne au père essentiellement et de manière à ne pouvoir lui être enlevé. Laissons donc cette distinction fort contestable, et fort inutile aussi, d'attributs essentiels et d'attributs naturels. Le droit d'administrer peut être retiré au père; mais par qui et pour quelle cause? c'est là toute la question. Or, nous disons que le père ne peut se le voir arracher que par l'autorité de la justice et quand il est jugé vraiment incapable ou indigne de l'exercer; nous disons que la donation qui confère l'administration à un autre que le père est une insulte à l'autorité de celui-ci, une déclaration d'infidélité ou d'incapacité que la justice seule a le droit de prononcer... Quant à la comparaison faite par M. Demolombe entre notre cas et celui de l'administration des biens de la femme par le mari, elle ne milite en rien pour sa doctrine, et se retourne même contre elle. Sans doute, quoique le régime de droit commun, la communauté légale, donne au mari l'administration des biens de la femme, cette administration peut très-bien être laissée à la femme par l'adoption d'un autre régime; mais il faut faire ici cette double observation que, d'une part, il s'agit d'attribuer l'administration, non à un tiers, mais à la femme propriétaire elle-même, qui ne fait ainsi que conserver un droit qui lui appartiendrait déjà, ce qui n'a rien de blessant pour le mari; et que, d'autre part, cet état de choses s'établit par le contrat même, dès lors par le consentement du mari, or *volenti non fit injuria*. Pour avoir une comparaison plus juste, il faudrait sup-

poser une femme mariée *en communauté* (dont les biens dès lors doivent être administrés par le mari) et à laquelle des biens seraient donnés à la condition d'être administrés *par un tiers*. Or, qui ne proclamerait l'inadmissibilité d'une pareille condition?

VII. — 153. La tutelle ne s'ouvrant qu'à la mort d'un des époux, que ferait-on si tous deux étaient vivants et incapables d'administrer? Nous pensons qu'à la requête des parties intéressées, ou du ministère public, le tribunal devrait nommer un représentant judiciaire qui, d'après l'usage, prendrait probablement le nom de tuteur provisoire, mais qui ne serait pourtant pas un tuteur véritable, en sorte qu'il n'y aurait pas d'hypothèque légale contre lui. Pourtant, on conçoit que le tribunal pourrait lui imposer un conseil de famille.

384. — Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans.

SOMMAIRE.

I. Troisième et dernier effet : usufruit légal des père et mère. — Il finit au plus tard avec la dix-huitième année de l'enfant. Pourquoi?
II. Il appartient exclusivement à celui qui a l'exercice de la puissance paternelle. Dissentiment avec les auteurs. *Quid* quand aucun des époux n'a cet exercice?
III. Mais le conjoint de l'usufruitier en profite quand les époux sont communs.
IV. Il n'existe pas pour les père et mère naturels.

I. — 154. Comme compensation des peines que causent aux père et mère l'éducation de l'enfant et l'administration de ses biens, la loi leur donne l'usufruit de ces mêmes biens, jusqu'à ce que l'enfant soit émancipé ou qu'il ait accompli sa dix-huitième année.

Le principe de cet usufruit se trouvant dans l'exercice de la puissance paternelle, il semble qu'il aurait dû continuer jusqu'à l'extinction de cette puissance, c'est-à-dire jusqu'à l'émancipation ou la *majorité;* mais le législateur a craint que la cupidité des parents ne devînt quelquefois un obstacle au mariage ou à l'établissement de leurs enfants, et pour éviter ce triste résultat, il n'a pas permis que l'usufruit légal pût jamais continuer après l'âge de dix-huit ans.

II. — 155. Tous les auteurs, ceux qui ont écrit après nous aussi bien que nos devanciers, s'en tenant judaïquement à la lettre de notre article, enseignent que, dans quelque circonstance que ce soit, le père seul a droit à cet usufruit légal, tant que le mariage n'est pas dissous. Nous avons déjà critiqué et rejeté cette doctrine (t. I, art. 141). Et, en effet, les principes de la logique ne permettent pas d'avoir deux mesures, dont on prendra tantôt l'une, tantôt l'autre, *ad libitum*. Si l'on prend à la lettre notre art. 384, qui consacre le droit de jouissance, il faut prendre à la lettre aussi les art. 373 et 389, qui consacrent les causes de cette jouissance; si l'on admet, au contraire (et c'est ce que tout le monde fait), que les textes qui indiquent les causes ne parlent

qu'en général et pour les cas ordinaires, il faut bien admettre aussi que le texte qui consacre l'effet (*et qui est écrit dans les mêmes termes!*) ne parle également qu'en général et avec le même sens. Ainsi, l'art. 373 dit : « *Le père seul* exerce l'autorité durant le mariage » ; l'art. 389 dit : « *Le père* est, durant le mariage, administrateur des biens » ; notre article dit : « *Le père,* durant le mariage, a la jouissance des biens » ; et voilà que, d'après les auteurs, les art. 373 et 384 signifieraient : *Le père, dans les cas ordinaires, et la mère, dans certains cas exceptionnels ;* tandis que l'art. 384 signifierait : *Le père toujours, et jamais la mère...* Nous n'avons jamais rien compris à cette doctrine.

Où est le principe du droit d'usufruit légal? C'est dans le double droit d'éducation de l'enfant, et d'administration de ses biens. Donc quand, *par exception à la règle générale des art.* 373 *et* 389, la mère a, même pendant le mariage, l'exercice de ces droits, elle aura aussi, *par exception à la règle générale de notre article,* le droit d'usufruit. Supposons que le père d'un enfant de douze ans soit judiciairement privé de ses droits de puissance paternelle par application de l'art. 335 du Code pénal : à qui appartiendra le droit d'éducation? *A la mère,* nous dit-on, QUOIQUE *l'art.* 373 *ne parle que du père...* A qui l'administration des biens? *A la mère encore,* QUOIQUE *l'art.* 389 *ne parle aussi que du père...* Et à qui l'usufruit légal? *Oh! pas à la mère,* PARCE QUE *l'art.* 384 *ne parle que du père!!!...* Eh bien, soit, admettons ce système étrange d'interprétation; mais à qui donc cet usufruit va-t-il appartenir? A personne, évidemment, puisque le père n'y a plus droit: en sorte que les revenus des biens vont désormais appartenir à l'enfant propriétaire. Maintenant, trois ans après la condamnation du père, celui-ci meurt, et voilà que l'usufruit va naître pour la mère (Zachariæ, III, p. 685; Duranton, III, 384 ; Demolombe, VI, 484). Eh bien, nous le demandons, sur quoi se baserait, comment s'expliquerait cette cessation momentanée d'un usufruit dont les *causes* ont toujours duré sans discontinuation aucune?... Comment la condamnation, qui enlève tout ensemble au père 1° le droit d'éducation et d'administration, puis 2° le droit d'usufruit, ferait-elle passer l'un à la mère et l'autre à l'enfant? Comment, dans l'intervalle de la condamnation à la mort de ce père, séparez-vous ces deux droits dont l'un est la conséquence de l'autre? Comment ensuite la mort du père, qui ne déplace plus la cause (puisqu'elle laisse le droit d'éducation et d'administration là où il était déjà), déplacerait-elle l'effet, en faisant revenir de l'enfant à la mère la jouissance des biens?... L'esprit se perd, en vérité, au milieu de pareilles incohérences; et nous nous étonnons que M. Demolombe, qui combat longuement notre doctrine (VI, 482-484), n'ait pas cherché à répondre à tout ceci.

Si les époux, sans être déchus du *droit* de puissance, étaient tous deux privés de son exercice, l'usufruit appartient encore au père par préférence de sexe, et ne reviendrait à la mère que si le père perdait le *droit* lui-même. Que s'ils le perdaient tous deux, il y aurait extinction absolue de l'usufruit.

III. — 156. Au reste, le point de savoir auquel des deux auteurs appartient, pendant le mariage, l'usufruit légal des biens des enfants, ne présente pas d'importance pratique, quand les père et mère sont mariés en communauté légale; puisque, comme on le verra sous l'article 1401, c'est dans cette communauté, destinée à être partagée entre les époux, que viennent tomber tous les gains et profits que font ces époux. Mais il en peut être autrement sous la communauté conventionnelle, et il en sera toujours autrement sous les régimes dotal, de séparation de biens et d'exclusion de communauté.

Ce profit, que fait indirectement le conjoint de l'usufruitier légal, ce n'est pas seulement au conjoint qui est l'un des auteurs de l'enfant qu'il appartiendrait; on conçoit qu'il se réaliserait aussi pour la seconde épouse du père devenu veuf et remarié. Il n'en serait pas de même pour le second époux de la mère, par la raison particulière que le second mariage de la mère fait cesser son usufruit légal (art. 386).

IV. — 157. Nous avons déjà dit que l'usufruit légal des biens des enfants mineurs n'appartient jamais aux père et mère naturels. On le voit assez, et par le contexte des deux art. 384 et 386, qui supposent toujours qu'il y a mariage, et par la place qu'occupe l'article qui déclare commun aux parents naturels le droit de correction; il eût été bien simple, si on eût entendu leur attribuer aussi le droit d'usufruit, de placer à la fin de notre titre la disposition qui leur aurait conféré, par une seule phrase, les différents droits appartenant aux auteurs légitimes. Ce silence de la loi s'explique parfaitement par la pensée que l'usufruit légal étant une pure faveur, le législateur n'a pas voulu en gratifier des parents dont la qualité est fort peu favorable assurément. Qu'ils aient le droit de correction, à la bonne heure; la morale et l'intérêt même de l'enfant l'exigent; mais pour le droit d'usufruit, établi pour l'intérêt exclusif des père et mère, il n'en est plus ainsi.

Si donc le père légalement connu d'un enfant naturel (lequel aurait sur cet enfant, en vertu de son titre même, le droit d'éducation) avait aussi l'administration de ses biens, ce qui ne peut avoir lieu qu'autant qu'il serait nommé tuteur (explication de l'art. 390), ce père, malgré la réunion sur sa tête des deux droits d'éducation et d'administration des biens, n'aurait aucun droit à l'usufruit, et aurait à rendre compte, à la fin de sa gestion, et de la propriété et des revenus. Que si, dans le cours de sa gestion, le père légitimait cet enfant en épousant sa mère (légalement connue aussi, puisque, sans la connaissance légale antérieure au mariage, la légitimation n'aurait pas lieu, d'après l'article 331), l'usufruit légal lui appartiendrait à partir de ce moment; mais ce serait sans effet rétroactif (art. 333), et, par conséquent, il resterait toujours comptable des revenus antérieurs à la légitimation. Cette vérité, méconnue d'abord par quelques auteurs (Favard, v° Enf. nat., § 2, n° 2; Loiseau, p. 550), est aujourd'hui unanimement admise (1).

---

(1) Toullier (II, 973); Proudhon (II, p. 252); Duranton (III, 364); R. de Villargues

385. — Les charges de cette jouissance seront,

1° Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers;

2° La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune;

3° Le payement des arrérages ou intérêts des capitaux;

4° Les frais funéraires et ceux de dernière maladie.

SOMMAIRE.

I. La jouissance légale impose les obligations ordinaires d'un usufruitier, moins celle de fournir caution.

II. Différences entre l'obligation d'entretien de l'enfant, imposée par cet article, et celle de l'art. 203.

III. L'usufruitier légal paye les arrérages et les intérêts déjà dus quand commence son usufruit. Erreur de M. Duranton.

IV. Il paye aussi les frais funéraires et de dernière maladie de la personne par la mort de laquelle les biens arrivent à l'enfant. Erreur de Delvincourt; singulier système de M. Duranton.

I. — 158. Cet article nous indique quatre classes d'obligations imposées à l'auteur, usufruitier légal des biens de ses enfants : 1° Il doit subir, bien entendu, les charges ordinaires de tout usufruit. Ainsi, c'est à lui de supporter les dépenses nécessaires à l'entretien des biens (art. 606), d'acquitter les contributions (art. 608), de payer les arrérages des rentes et les intérêts des dettes qui grèvent les biens de l'enfant (art. 610 et 612); le tout ainsi qu'il sera expliqué plus loin au titre *De l'Usufruit,* art. 600-616, sous la section *Des Obligations de l'usufruitier*. Il est tenu, notamment, de faire dresser, avant d'entrer en jouissance, un inventaire des meubles, et un état des immeubles soumis à son droit; mais il est dispensé, vu sa qualité, de fournir la caution que la loi exige de tout autre usufruitier (art. 600 et 601).

II. — 159. 2° Le parent, usufruitier légal, est tenu de nourrir, entretenir et élever l'enfant, d'une manière qui réponde à la fortune dont cet enfant est propriétaire. Les revenus de l'enfant ne sont attribués à son auteur et ne deviennent sa propriété qu'après le prélèvement de ce dont l'enfant a besoin.

Déjà, par sa qualité de père ou de mère, l'usufruitier légal est tenu de fournir aux besoins physiques et moraux de l'enfant; mais l'obligation imposée ici ne se confond pas avec celle qui résulte du fait de la génération, et que consacre l'art. 203, même en tant que cette dernière est relative aux dépenses d'argent. — L'obligation, imposée par l'art. 203, de nourrir, entretenir et élever l'enfant, en d'autres termes, le devoir d'éducation, embrasse deux classes différentes de devoirs : 1° des soins tout personnels, nécessaires surtout dans le bas âge de l'enfant, et qui restent *toujours les mêmes,* quelles que soient la fortune et la

---

(*Diss.*, Sir., 1813, II, 19); Vazeille (II, 477); Richefort (II, 273); Chardon (*Puiss. pat.*, n° 118); Zachariæ (IV, p. 87); Valette (sur Proudhon); Taulier (I, 504); Cadrès (n° 177); Demolombe (VI, 649); *Dict. not.* (v° Enfant naturel, n°s 13 et suiv.); Caen, 22 mars 1860 (Dev., 60, II, 610).

position soit des parents, soit des enfants; 2° des prestations de subsistance, de vêtements, etc., etc., qui se résument définitivement en dépenses d'argent, et qui se modifient nécessairement selon les circonstances. L'obligation imposée par notre art. 385 n'a évidemment rien de commun avec les premiers; c'est avec les secondes qu'on pourrait la confondre. Or, on va voir quatre différences importantes entre les deux cas.

Ainsi, tandis que les père et mère, si riches qu'ils fussent, satisferaient à l'obligation de l'art. 203 en ne donnant à l'enfant que peu d'instruction, pour l'occuper, jeune encore, à des travaux manuels, le parent usufruitier de la fortune considérable d'un fils devra l'élever autrement que les enfants du peuple, lui procurer une instruction plus grande, une profession plus noble, et le mettre en état de remplir dans le monde un rôle qui soit en harmonie avec cette fortune. Si, par une sordide économie, et pour encaisser quelques cents francs de plus, chaque année, sur les revenus d'un patrimoine opulent, le père avait élevé l'enfant comme le fils d'un ouvrier, ce père, libéré de l'obligation de l'art. 203, n'aurait pas rempli celle de notre article, et l'enfant pourrait, selon les circonstances, lors de sa majorité, se faire restituer, à titre d'indemnité, une partie des revenus indûment gardés par le père. — En second lieu, les dépenses nécessaires à l'enfant se faisant alors, ainsi qu'on l'a dit, avec des sommes qui sont celles de l'enfant lui-même, il s'ensuit que l'obligation de l'art. 203, d'après laquelle les père et mère devaient fournir aux besoins de l'enfant *sur leurs propres biens,* s'évanouit et ne peut plus s'appliquer; d'où la conséquence que celui des deux auteurs qui ne profite pas de l'usufruit légal n'est plus tenu de contribuer à ces dépenses. Ainsi, quand le père, usufruitier légal, perçoit sur les biens de l'enfant des revenus plus que suffisants pour les besoins de cet enfant, la mère, mariée en séparation de biens, pourrait économiser la fraction de son revenu qu'elle devait fournir antérieurement pour cet objet. — En troisième lieu, l'obligation de l'art. 203, laquelle s'exécute sur les biens des parents, cesse par cela seul que l'enfant a des biens personnels suffisants pour faire face à ses besoins; l'obligation de notre article, au contraire, s'exécutant sur des biens de l'enfant, ne cesserait pas pour le père et la mère parce que l'enfant aurait d'autres biens non soumis à l'usufruit (ce qui est très-possible, comme on va le voir par l'art. 387). — Enfin, tandis que des créanciers des père et mère pourraient mettre ceux-ci hors d'état de remplir l'obligation de l'art. 203 en faisant saisir et vendre tous leurs biens, il n'en peut pas être ainsi pour celle de notre article; car les revenus des biens de l'enfant n'appartenant à l'usufruitier légal qu'après le prélèvement de ce qui est nécessaire à cet enfant, ses créanciers ne pourraient saisir que l'excédant des revenus sur les frais d'entretien (1).

---

(1) *Conf.* Paris, 19 mars 1823; Colmar, 27 janv. 1835; Bordeaux, 19 juin 1849 (Dev., 49, II, 681).

III. — 160. 3° La troisième obligation imposée à l'usufruitier légal est celle d'acquitter les *arrérages* et les *intérêts* déjà échus au moment où l'usufruit commence.

Ainsi, un oncle de l'enfant meurt laissant un testament qui institue cet enfant légataire universel. Dans le passif de la succession que recueille l'enfant se trouve une rente de 200 francs, que le défunt devait à un tiers, et dont les arrérages n'ont pas été payés depuis trois ans ; eh bien, c'est le père, usufruitier légal des biens de l'enfant, qui prendra à sa charge les 600 francs d'arrérages dus, sans pouvoir en demander compte à l'enfant. De même, si le passif comprend une obligation de 8 000 francs, que le défunt avait empruntés à intérêt de 5 pour 100, et dont deux années sont échues au moment de sa mort, c'est le père, et non pas l'enfant, qui acquittera les 800 francs d'intérêts qui sont dus (1).

Cette disposition du 3° de notre article peut paraître d'abord bien rigoureuse, puisqu'il n'est pas permis réciproquement aux père et mère de s'attribuer les arrérages ou intérêts actifs qui pourraient être dus à la succession au moment qu'elle s'ouvre ; ils n'ont droit que sur ceux qui viennent à échoir, et sur les fruits qu'ils recueilleront postérieurement à l'établissement de leur usufruit (art. 585 et 586). Aussi M. Duranton applique-t-il cette disposition aux seuls arrérages et intérêts passifs qui échoient pendant le cours de l'usufruit (III, 401). Mais c'est là une grave erreur.

D'abord, notre alinéa ainsi entendu n'aurait plus de sens ; puisque, comme nous l'avons vu plus haut, cette obligation de supporter tous les revenus passifs qui échoient pendant le cours de l'usufruit est écrite déjà dans le 1°, il est bien clair qu'en faisant une seconde, une troisième, puis une quatrième disposition, le législateur a entendu consacrer trois charges nouvelles, et qui se trouvent en dehors des obligations ordinaires d'un usufruitier. D'ailleurs, cette disposition se justifie par cette double considération, 1° que l'usufruit dont il s'agit étant une libéralité, un avantage attribué gratuitement aux parents, on peut bien le grever de quelques charges profitables à l'enfant ; 2° qu'il est assez dans l'ordre, dans les règles d'une saine administration, que celui qui recueille une universalité de biens prenne, non pas sur les capitaux, mais sur les revenus de la première année, et même de la seconde au besoin, les sommes nécessaires pour acquitter soit les arrérages et intérêts arriérés, soit aussi les frais de maladie et d'inhumation de la personne par la mort de laquelle s'ouvre le droit. Il est naturel, en effet, de conserver dans son intégrité le patrimoine qu'un défunt nous laisse, en se privant, pour quelques mois, de revenus dont il aurait bien fallu se passer si ce défunt était mort un peu plus tard.

Ceci explique parfaitement comment le législateur a imposé à l'usu-

---

(1) On appelle *arrérages* les produits d'une rente, qu'elle soit perpétuelle ou viagère, foncière ou constituée ; on appelle *intérêts* les produits d'un capital resté exigible. (Voir l'explication des art. 529 et 530.)

fruitier légal, par les deux derniers alinéa de notre article, *le payement des arrérages et intérêts,* puis *les frais funéraires et de dernière maladie.* Ce qui lève enfin tout doute à cet égard, c'est que ces deux dispositions sont reproduites l'une et l'autre de la Coutume de Paris, des principes de laquelle les rédacteurs du Code étaient imbus. Celle relative aux arrérages et intérêts était écrite dans l'art. 267 de la Coutume; celle qui concerne les frais funéraires et de dernière maladie avait été introduite par la jurisprudence du Parlement de Paris, après de longues controverses que le 4° de notre article a eu pour but de prévenir (1).

Cette erreur de M. Duranton est d'autant plus étrange, que si la décision contraire avait été donnée par Toullier sans aucun motif à l'appui, elle avait été au contraire parfaitement établie par Proudhon, et que nous allons voir M. Duranton admettre comme décisifs, au n° IV, les mêmes motifs qu'il trouve insignifiants dans celui-ci (2).

IV. — 161. 4° La dernière disposition de notre article se trouve suffisamment expliquée par ce qui vient d'être dit; il est clair que c'est des frais causés par la dernière maladie et le décès *de la personne de laquelle viennent les biens,* qu'il est question. Delvincourt, cependant, a écrit qu'il s'agit de la dernière maladie et de la mort de l'enfant propriétaire; mais, en vérité, c'est là une erreur qu'on s'étonne de trouver chez un auteur aussi judicieux. En outre des observations faites au numéro précédent, et qui prouvent bien l'inexactitude de cette idée, il suffirait, pour la rejeter, de cette considération : A la mort de l'enfant, les biens passent à ses héritiers ou légataires, et l'usufruit légal s'éteint. Or, d'une part, comment s'imaginer qu'on mette à la charge de l'usufruit une dette qui naît quand il n'y a plus d'usufruit?... D'autre part, comment concevoir que, par compensation des revenus enlevés à l'enfant, on impose à l'ex-usufruitier une charge dont cet enfant ne peut profiter, et qui ne servirait qu'à ses héritiers?

Au reste, si cette erreur est étrange chez un auteur aussi grave que Delvincourt, il est tout aussi étonnant de voir M. Duranton (n° 402) admettre ici notre interprétation, en se fondant sur ce que *la plupart des rédacteurs de cette disposition, élevés dans les principes du droit coutumier,* ont entendu certainement en reproduire les règles, et nier qu'il en soit de même de la disposition précédente, qui précisément a le même motif que celle-ci et s'explique de la même manière. On ne conçoit pas une telle inconséquence; et il serait difficile d'imaginer une explication moins logique que celle du savant professeur dans ces deux n°s 401 et 402 (3).

---

(1) Voir le texte de la Coutume, sous nos articles, aux CODES TRIPIER.

(2) *Conf.* Toullier (II, 1069, note); Proudhon (*Usuf.*, II, 206); Valette (II, p. 256); Allemand (II, 1104); Demolombe (VI, 544); Aubry et Rau (IV, § 550 *bis*, p. 611 et note 19); Massé et Vergé (I, p. 372, § 189, note 15); Rodière (*J. Pal.*, 57, 132); Gilbert (Dev., 57, II, 161, à la note). *Junge :* Arras, 5 juin 1859 (Dev., 59, II, 387). *Contrà :* Nîmes, 9 juill. 1856 (Dev., 57, II, 161; Dall., 57, II, 83).

(3) Toullier et Duvergier (II, 1069, mais sans aucun motif); Proudhon et Valette

386. — Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé; et elle cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage.

387. — Elle ne s'étendra pas aux biens que les enfants pourront acquérir par un travail et une industrie séparés, ni à ceux qui leur seront donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas.

SOMMAIRE.

I. Les biens auxquels ne s'étend pas l'usufruit sont de quatre classes. — Explication de la première : biens gagnés par l'enfant.
II. Seconde classe : biens donnés sous condition de non-jouissance. — Cette condition n'est possible que pour les biens disponibles. Erreur de M. Maleville, M. Valette et Duvergier. Faux motifs de Toullier, Proudhon, M. Duranton, etc.
III. Troisième classe : biens d'une succession dont l'auteur est écarté comme indigne. L'usufruit n'en aurait pas moins lieu au profit du second auteur.
IV. L'usufruit légal peut finir par neuf causes différentes. Indication des trois premières.
V. Quatrième cause : renonciation de l'usufruitier. — Les créanciers pourraient la critiquer.
VI. Cinquième cause : second mariage de la mère. Peu importe qu'il soit ensuite déclaré nul. Doctrine étrange de M. Duranton. — L'inconduite de la mère ne produirait pas le même effet.
VII. Indication des quatre dernières causes. L'émancipation de l'enfant ne pourrait pas être critiquée par les créanciers de l'usufruitier. — Sa révocation ne ferait pas renaître l'usufruit.
VIII. Observations sur l'ensemble du titre : différences entre les trois principaux droits qu'engendre la puissance paternelle.

I. — 162. Le premier de ces deux articles s'occupe des causes d'extinction de l'usufruit légal; le second indique les biens sur lesquels cet usufruit ne s'étend pas. Traitons d'abord cette dernière idée, pour finir par les causes d'extinction.

Les biens soustraits à l'usufruit légal des père et mère sont de quatre classes : 1° ceux que l'enfant a gagnés lui-même par son travail, son industrie, son talent, etc...; — 2° ceux qui lui sont donnés ou légués avec la condition que ses parents n'en jouiront pas; — 3° ceux que l'enfant a recueillis dans une succession dont son auteur a été exclu comme indigne (art. 750); — 4° enfin ceux qui font partie d'un majorat (Avis du conseil d'État, du 30 janvier 1811).

Dans le premier cas, la loi exige un travail et une industrie *séparés* de ceux des père et mère; parce qu'en effet, si l'enfant n'applique son travail, son industrie, son talent qu'au commerce, aux affaires, aux intérêts du père et de la mère, il ne peut rien gagner et ne peut exiger

---

(II, p. 257); Maleville (sur l'art.); Zachariæ (III, p. 684); Vazeille (II, 441); Chardon (*Puiss. pat.*, n° 152); Demolombe (VI, 547); Lyon, 16 fév. 1835; Caen, 20 déc. 1840 (Dall., 36, II, 110; Dev., 41, II, 3); Douai, 22 juill. 1854 (Dev., 55, II, 619; Dall., 55, II, 84). — Dans les frais funéraires est compris le deuil de la veuve. Douai, 22 juill. 1854 (*ubi sup.*); Paris, 10 août 1864 (Dev., 64, I, 286); *Dict. not.* (v° Deuil, n° 6, et v° Frais funéraires, n° 12).

de ses parents aucune indemnité de ses peines, aucun salaire de ses soins : si les parents sont obligés d'élever l'enfant, celui-ci doit leur procurer tous les services dont il est capable.

II. — 163. Dans le second cas, la loi demande que la condition de non-jouissance des parents soit *expresse* dans la donation ou le testament. Mais cela ne signifie pas qu'il faille absolument trouver dans l'acte cette phrase : « Les biens sont donnés à la condition que les père et mère du donataire n'en jouiront pas » ; il suffit, bien entendu, que les termes de l'acte manifestent d'une manière certaine la volonté du disposant de soustraire les biens à l'usufruit légal.

Ce cas, de biens donnés ou légués à l'enfant sous la condition que ses père et mère n'en jouiront pas, fait naître une question délicate et fort importante, celle de savoir si cette condition peut être imposée avec effet aux biens que l'enfant devait recueillir à titre d'héritier réservataire. Ainsi, un père meurt instituant son fils légataire universel, à la condition que la mère survivante n'aura pas la jouissance des biens ; cette condition, certainement valable pour une moitié du patrimoine du père, laquelle était disponible entre ses mains, l'est-elle également pour la seconde moitié, formant pour l'enfant une succession rigoureusement réservée et que le père ne pouvait attribuer à aucun autre? Presque tous les auteurs (entre autres Delvincourt, que les annotateurs de M. Zachariæ citent à tort comme étant d'une opinion contraire) répondent négativement (1) et enseignent que la mère peut exiger son usufruit sur la moitié formant la réserve, nonobstant la condition du testament. Tel est aussi notre sentiment.

Mais Maleville (t. I, p. 308) est d'un avis opposé, et nous avons entendu de bons jurisconsultes corroborer cette doctrine contraire par deux arguments très-spécieux, que nous devons indiquer ici, pour les réfuter ensuite (2).

Ces jurisconsultes disent : « On ne pourrait se refuser à exécuter, quant aux biens réservés, la condition dont il s'agit, qu'en faisant déclarer nul par rapport à ces biens le testament qui la contient, pour les considérer comme arrivés à l'enfant par succession *ab intestat*. Or, ce n'est pas la mère qui peut jamais avoir contre le testament ce droit d'annulation, de réduction. La raison, et avec elle le texte formel de l'art. 921, disent que le droit de réduction n'appartient qu'aux héritiers réservataires eux-mêmes ou à leurs ayants cause : ainsi d'abord, l'enfant, ses héritiers, légataires ou créanciers, sont les seuls qui pourraient agir, si l'action en réduction était possible. Mais bien plus, cette action ne peut pas même exister dans l'hypothèse. En effet, le but *essentiel* de la réduction, c'est de faire entrer dans le patrimoine

(1) Toullier (II, 1067); Proudhon (II, p. 263); Duranton (III, 376); Delvincourt (I, art. 387, notes); Vazeille (*Mariage*, II, 447); Lassaulx (II, p. 210); Zachariæ (III, p. 681).

(2) L'un de ces arguments a été imprimé, depuis notre première édition, par M. Valette dans ses notes sur Proudhon (II, p. 264), et M. Duvergier (sur Toullier) semble aussi l'adopter.

de l'héritier réservataire des biens, des droits, des avantages dont le priverait la disposition à réduire ; or, ici, le testament attaqué n'a pas d'autre tort que de placer dans ce patrimoine un usufruit qui, sans lui, n'y entrerait pas : la condition qu'on veut faire disparaître, comme violant le droit de réserve, donne au contraire à l'enfant ou à ses créanciers un avantage dont ils ne jouiraient pas sans elle. Donc, en définitive, il n'est pas possible de parler de réduction. Attaquer un acte comme réductible, c'est-à-dire comme laissant *trop peu* à l'héritier, en se fondant précisément sur ce qu'il lui donne *trop*, ce serait absurde. »

Ces idées nous paraissent présenter deux erreurs. Et d'abord, il est certain, si étrange que puisse paraître cette proposition au premier coup d'œil, que le créancier d'un héritier réservataire peut quelquefois attaquer *comme réductible* un acte qui donne *trop* à cet héritier ; parce que, en lui donnant trop sous un point de vue, il lui donne *trop peu* sous un autre. Par exemple, qu'un père, au lieu de laisser passer ses biens à son fils unique par succession légitime, les lui donne par un testament contenant la condition qu'ils seront insaisissables entre ses mains, croit-on que les créanciers du fils légataire seraient obligés de respecter cette condition et ne pourraient saisir aucune partie des biens légués à leur débiteur ? Tout le monde sait que non. Le fils aurait beau opposer à ses créanciers l'argument rapporté plus haut ; il aurait beau dire que le seul vice prétendu du testament, c'est de donner *trop* (en garantissant au légataire l'insaisissabilité des biens), et que dès lors il n'y a pas de réduction possible : on lui répondrait que si ce testament lui donne *trop* en lui *attribuant* l'insaisissabilité, il lui donne *trop peu* en lui *enlevant* par là même la faculté de garantir complétement l'exécution de ses traités, en gênant son droit de contracter, et en restreignant entre ses mains la pleine maîtrise qu'un propriétaire doit avoir sur sa fortune. On lui dirait, en citant les termes formels d'un texte légal, que la quotité réservée doit entrer dans le patrimoine *libre* de l'héritier ; que dès lors un donateur ou testateur peut bien rendre insaisissables les valeurs *disponibles*, mais non pas les autres (C. proc., art. 581, 3°) ; et par là disparaîtrait la prétendue absurdité reprochée à notre doctrine. Or, cette théorie, c'est elle qui fonde notre décision et le droit pour la mère de faire déclarer nulle la condition de non-jouissance. La mère, en effet (et c'est là qu'est la seconde erreur de l'objection), est constituée, par la loi même, l'ayant cause de son enfant, elle a contre lui le droit de prendre les revenus des biens ; elle est donc un de ses ayants cause, et peut dès lors exercer la réduction, s'il y a lieu à réduction. Or le droit de réduction est évident, puisque le testateur a donné *trop peu* à l'enfant en ne lui attribuant que sous une condition rigoureuse, exceptionnelle, une réserve qui devait lui arriver franche et libre de toute règle dérogatoire au droit commun. (*Conf.* Rej. 12 nov. 1828.)

164. Mais si nous admettons ainsi la décision de MM. Delvincourt, Toullier, Proudhon, Duranton, Zachariæ, etc., on voit que nous n'ad-

mettons pas pour cela leur théorie, c'est-à-dire la raison qu'ils donnent de cette décision. Cette raison, présentée tantôt d'une manière tellement laconique et incidente qu'il faut vraiment la deviner, comme chez M. Zachariæ (qui réduit toute son explication sur ce point à cette phrase unique : « Cette condition doit être réputée non écrite en ce qui concerne les biens attribués aux enfants par la loi même à titre de réserve) », tantôt avec des développements qui la dénaturent et l'obscurcissent plutôt que de l'éclairer, comme chez M. Duranton, cette raison consiste à dire que la condition de non-jouissance, n'étant applicable qu'à des choses données ou léguées, ne peut pas frapper les biens réservés, puisque ces biens, alors même qu'ils sont compris dans une donation ou un testament faits au profit de l'enfant, ne lui arrivent pas comme donnés ou légués, mais comme lui étant attribués par la loi même. Cette idée, reproduite de livre en livre depuis quarante ans, est cependant complétement fausse, et les longues observations de M. Duranton ne sauraient la rendre exacte. Pour qu'il fût vrai que le bien indisponible dont un auteur dispose au profit de son héritier arrive néanmoins à cet héritier par succession légitime et non par l'effet de la disposition, il faudrait que la disposition de la chose indisponible fût, dans notre Code, nulle et de nul effet. Or, il n'en est pas ainsi; la disposition de choses réservées n'est pas nulle, elle est seulement susceptible d'être annulée; la libéralité excessive ne se trouve pas de plein droit réduite à la limite légale, elle y est seulement réductible sur la demande de l'héritier ou de ses ayants cause; et tant qu'on n'en fait pas prononcer la réduction, elle conserve une pleine et entière efficacité (art. 920 et 921).

Ainsi donc, les biens réservés qui arrivent à un enfant par la donation ou le testament de son auteur ne cessent d'être dans son patrimoine comme biens donnés ou légués, pour s'y trouver comme biens transmis par succession *ab intestat,* qu'après la réduction prononcée de la disposition ; et c'est seulement en faisant prononcer cette réduction, comme ayant cause de l'enfant réservataire, que l'usufruitier légal peut soustraire les biens à la condition de non-jouissance. Nous sommes heureux de voir ces idées, incomprises de nos devanciers, pleinement adoptées par M. Demolombe (VI, 513).

165. Ces mêmes idées nous conduisent à une question intéressante sur laquelle nous avons eu à rédiger une consultation. Le sieur L... ayant pour unique héritier son petit-fils, âgé de moins de dix-huit ans, avait légué à son frère, grand-oncle de l'enfant, l'usufruit de tous ses biens, jusqu'à la majorité de cet enfant. Le père du mineur, gendre du testateur, et qui se trouvait ainsi privé de son usufruit légal, voulait critiquer le testament et faire revenir la moitié de l'usufruit légué. Le pouvait-il? Évidemment non. Il ne le pouvait pas par l'action en réduction, et il n'y songeait pas non plus; car la libéralité était loin d'excéder le disponible (le disposant, en effet, n'ayant qu'un descendant, pouvait donner la moitié de son bien, d'après l'art. 913, et un simple usufruit de peu d'années est assurément loin de représenter la moitié

de la valeur du bien sur lequel il porte : il y eût eu folie à faire, pour reprendre la moitié d'un tel usufruit, le sacrifice de la moitié de la propriété, comme le veut l'art. 917). Il ne le pouvait pas davantage, comme le supposaient à tort ses conseils, par une action intentée de son chef, *proprio jure*, pour atteinte portée à son droit propre de jouissance légale; car ce droit n'existe que pour les usufruits qui se trouvent dans le patrimoine de l'enfant. Il aurait donc fallu, précisément pour que le droit propre du père existât, commencer par faire rentrer dans le patrimoine l'usufruit légué, en d'autres termes exercer l'action ordinaire en réduction réservée à l'enfant et à ses ayants cause.

III. — 166. La troisième classe de biens non soumis à l'usufruit légal se compose de ceux provenant d'une succession dont l'auteur usufruitier a été exclu comme indigne; mais cet obstacle légal à la jouissance de l'auteur indigne n'empêcherait pas, bien entendu, la jouissance de l'autre auteur. Ainsi, le père d'un enfant de douze ans est exclu de la succession de son frère, oncle de cet enfant, mort sans postérité, comme ayant donné ou tenté de donner la mort au défunt (art. 727, 1°), et l'enfant vient de son chef à la succession de son oncle : le père ne jouira pas des biens, dont les revenus resteront propres à l'enfant; mais, si ce père vient à mourir, ou s'il devient absent déclaré ou présumé, ou s'il est privé, par une cause quelconque, de l'exercice de la puissance paternelle, la mère prendra cet exercice et aussi l'usufruit légal, lequel s'étendra pour elle sur ces biens provenus de la succession, aussi bien que sur tous autres (1). Que si c'était la mère qui eût été appelée à la succession et exclue pour indignité, le père aurait eu la jouissance des biens de cette succession, et c'est seulement quand l'usufruit serait ensuite arrivé à la mère que celle-ci en aurait été privée.

Quant à la dernière classe de biens non soumis à l'usufruit légal, elle ne demande pas d'explication. Nous ferons seulement observer que cette quatrième cause de restriction ne peut désormais durer longtemps, grâce à la loi du 12 mai 1835, qui interdit à l'avenir toute institution de majorats, et au décret du 11 mai 1849, qui en abolit un grand nombre et hâte l'extinction des autres (t. III, art. 896).

Sauf ces quatre exceptions, la jouissance des père et mère s'étend à *tous* les biens de l'enfant, de quelque source qu'ils viennent et quelle qu'en soit la nature; et elle leur en attribue *tous* les revenus et produits. Ainsi, par exemple, si un enfant de douze ans a reçu en 1840, par succession, donation ou testament, un simple droit de jouissance

---

(1) Nous disons que pendant le temps qui s'écoule depuis le moment où les biens arrivent à l'enfant jusqu'à celui où l'exercice de l'autorité cesse pour le père, c'est à l'enfant et non pas à la mère qu'appartiennent les revenus. Il ne faudrait pas voir de contradiction entre cette idée et la décision donnée plus haut, et répétée ici, que la mère prend toujours l'usufruit, à défaut du père, même pendant la vie de celui-ci. Car la mère, bien entendu, ne peut prendre l'usufruit que quand la cause de cet usufruit existe chez elle; or, ici, la cause de l'usufruit, savoir, l'exercice de la puissance, reste chez le père, nonobstant la restriction de sa jouissance.

qui doit s'éteindre en 1845, le père prendra chaque année tous les revenus que produit ce droit, et l'extinction du droit arrivant après cinq années, alors que dure encore l'usufruit légal, l'enfant n'aura rien reçu et ne recevra jamais rien; la succession, la donation ou le testament n'aura profité qu'au père seul. Il en serait de même si c'était un usufruit ou une rente viagère qui eussent été donnés ou légués à l'enfant, et que l'enfant mourût avant la fin de la jouissance légale de ses père et mère; ni l'enfant ni ses héritiers ne profiteraient en rien du legs ou de la donation (art. 588). En un mot, le parent usufruitier légal exerce tous les droits qui seront expliqués plus loin, dans la section *Des Droits de l'usufruitier,* art. 582 à 599 (1).

IV. — 167. Voyons maintenant par quelles causes s'éteint l'usufruit légal des père et mère.

Ces causes sont au nombre de neuf, dont quelques-unes seulement demandent quelques mots d'explication.

1° La mort naturelle ou civile de celui des parents qui jouit le dernier du droit de puissance paternelle.

2° La déchéance, judiciairement prononcée, de son droit d'usufruit, ou son abus de jouissance, en vertu de l'art. 618; mais on ne devrait pas, comme l'a fait un arrêt de Paris du 4 février 1832, prononcer la déchéance pour simple inaccomplissement des conditions, car c'est dépasser la disposition déjà rigoureuse de l'art. 618. Il suffit, dans ce cas, de prendre des mesures qui en assurent l'exécution.

3° La condamnation prononcée contre lui pour avoir excité, favorisé ou facilité la débauche ou la corruption de ses enfants (C. pén., art. 334 et 335).

Et ce n'est pas seulement pour les biens de l'enfant, objet du délit, que le droit d'usufruit cesse alors, c'est aussi pour tous les autres enfants, alors même qu'ils seraient d'un autre lit; car la puissance paternelle étant alors enlevée, *cessante causa, cessat effectus.*

V. — 4° La renonciation de l'usufruitier à son droit de jouissance.

Chacun pouvant toujours renoncer au droit établi en sa faveur, il est clair que l'usufruitier légal peut renoncer à son usufruit, soit avant d'entrer en jouissance, soit quand cette jouissance a déjà duré plus ou moins longtemps, soit dans le but d'avantager l'enfant, soit pour se débarrasser de charges qu'il trouve trop onéreuses. En vain dirait-on qu'en acceptant d'abord l'usufruit, l'auteur a *contracté l'obligation* d'acquitter ces charges, et que cette obligation se trouvant une fois formée, il ne peut plus s'y soustraire ensuite; ce serait se méprendre singulièrement sur la nature de la jouissance des père et mère. En effet, il n'y a pas là contrat, obligation réciproque; il y a uniquement un droit offert aux parents, droit dont les charges indiquées par l'art. 385 ne sont que les conséquences et l'accessoire (2).

---

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Usufruit légal, n° 47).
(2) Voy. *Dict. not.* (v° Usufruit légal, n°s 101 et suiv.).

Les seules personnes qui pourraient critiquer la renonciation du père ou de la mère seraient leurs créanciers, dont cette renonciation diminuerait le gage (art. 622, 1167 et 2093) (1).

Du reste, on conçoit bien que la renonciation du père n'éteindrait l'usufruit que par rapport à lui, et si plus tard sa mort, sa condamnation, ou toute autre cause, transportaient la puissance paternelle à la mère, l'usufruit existerait de nouveau pour celle-ci.

VI. — 168. 5° Le second mariage de la mère devenue veuve.

Et il ne faut pas dire, comme M. Duranton (III, 587), que l'extinction se trouverait n'avoir pas eu lieu si ce second mariage était ensuite annulé, en se fondant sur ce que le mariage une fois annulé est censé n'avoir pas existé, et ne peut dès lors produire *aucun effet*. Accepter cette idée, ce serait prendre le change sur la signification des mots *effet du mariage :* sans doute, le mariage déclaré nul (et non contracté de bonne foi) ne peut produire aucun des effets d'un mariage; mais ce n'est pas à dire, assurément, que le fait de sa célébration ne puisse entraîner aucune conséquence quelconque. Sans cela, il faudrait dire qu'un second mariage contracté pendant l'existence d'un premier étant toujours nul et ne pouvant produire *aucun effet,* la peine de la bigamie ne pourra *jamais* être appliquée *à personne !...* On comprend facilement que la *perte* de l'usufruit légal n'est pas l'un des *effets civils* d'un mariage; c'est la punition de la célébration consentie par la femme, et voilà tout.

Si l'on admettait cette idée étrange, que la perte de l'usufruit est l'un des effets civils du mariage, il faudrait en conclure que quand le mariage aura été contracté de bonne foi, comme il produit alors tout les effets (art. 201 et 202), l'extinction de l'usufruit aura lieu! C'est en effet ce que dit *formellement* M. Duranton !!! Ainsi, de deux femmes veuves, dont chacune a épousé un individu déjà marié, l'une connaissait cette circonstance, l'autre l'ignorait, et le mariage de chacune est annulé; la seconde, *parce qu'*elle a agi de bonne foi, perdra son usufruit; la première le conservera, *parce qu'*elle a accompli sciemment un acte coupable!!! Exposer une pareille doctrine, c'est la réfuter... M. Demolombe (VI, 563) réfute après nous et comme nous l'étrange erreur de M. Duranton.

Il n'y a qu'un cas dans lequel l'annulation du mariage ferait subsister l'usufruit : ce serait celui où la mère ferait briser son mariage, comme n'ayant été contracté que par la violence. Dans ce cas, en effet, la célébration est un fait auquel, légalement, elle n'a pas consenti, et dont par conséquent elle ne peut pas être punie (2).

On s'est demandé s'il fallait assimiler à la mère qui se remarie celle qui, vivant dans une inconduite notoire, donne le jour à des enfants bâtards, et la Cour de Limoges a décidé cette question affirmativement par deux arrêts (16 juillet 1807, 2 avril 1810); mais c'est une viola-

---

(1) Voy. *Dict. not.* (*ibid.*, n° 126).
(2) Proudhon (*Usuf.*, II, 144); Zachariæ (III, p. 685); Demolombe (VI, 564).

tion évidente de la loi. D'abord, une peine ne peut jamais s'appliquer par analogie, si complète que cette analogie puisse être; mais la prétendue analogie n'existe même pas ici : la mère, alors, ne consent pas à se placer sous la puissance d'un nouveau mari, dans la famille duquel elle porterait les revenus de ses enfants. Si désirable que pût paraître un texte de loi qui admette cette cause d'extinction, ce texte n'existe pas, et ce n'est pas aux tribunaux de faire la loi. La Cour d'Aix a donc mérité des éloges quand, malgré les efforts du ministère public et l'autorité des arrêts antérieurs de Limoges, elle a jugé (30 juillet 1813) que l'incontinence de la mère, qui est bien une cause d'exclusion de la tutelle (art. 444), n'est pas une cause d'extinction de l'usufruit légal (1).

VII. — 169. 6° Le défaut d'inventaire des biens communs, de la part du survivant des époux mariés en communauté.

Les valeurs dont se compose la société qu'ont formée deux époux, et qui doivent se partager entre le survivant et les enfants héritiers du prédécédé, ne peuvent se connaître que par un inventaire dressé lors de la dissolution de cette société. En conséquence, et pour prévenir les détournements et toute lésion des droits des enfants, la loi enjoint à l'époux survivant de faire faire inventaire dans un délai de trois mois, lequel peut être prorogé par le juge. A défaut de cet inventaire, l'époux est déchu de son droit de jouissance légale, non-seulement sur les biens communs, mais sur tous les biens des enfants.

Cette disposition constituant une peine, il ne faut donc pas l'étendre, comme le font plusieurs auteurs, à d'autres cas que celui prévu par la loi. Ainsi, on ne l'appliquera qu'au cas de dissolution de mariage, et d'un mariage en communauté (soit légale ou conventionnelle, soit réunie au régime dotal). On ne l'étendra pas aux régimes dotal, de séparation de biens, d'exclusion de communauté; la loi ne s'est pas préoccupée de ces régimes, dans lesquels, en effet, les droits respectifs de l'époux survivant et des enfants seront, ordinairement, indiqués par le contrat de mariage. (*Voy.* art. 1442, n° III.)

7° L'accomplissement de la dix-huitième année de l'enfant.

8° Sa mort, naturelle ou civile, arrivée avant l'âge de dix-huit ans.

C'est sur les biens *de l'enfant,* et comme compensation de l'exercice de la puissance paternelle, qu'est établie la jouissance des père et mère. Or, quand l'enfant est mort, il n'y a plus de puissance paternelle, et les biens ne sont plus les biens de l'enfant. Le Code a suivi le principe des Coutumes, où le droit de garde finissait toujours par la mort de l'enfant; tandis que, dans les pays de droit écrit, l'usufruit du père durait sur les biens jusqu'à la mort de ce père (Pothier, *De la Garde noble et bourgeoise,* sect. 4, § 1).

---

(1) Duranton (III, 388); Zachariæ (III, p. 685); Taulier (I, p. 47); Demolombe (VI, 565); *Dict. not.* (v° Usufruit légal, n° 27); Besançon, 1er août 1844; Montpellier, 25 août 1864 (Dev., 46, II, 176; 64, II, 225). — Au cas de mauvaise administration de la mère, les juges pourraient ordonner que les biens seront administrés par le tuteur, à la charge par lui de faire annuellement compte à la mère du revenu net, après prélèvement de ce qui est nécessaire pour l'éducation et l'entretien des enfants. Arrêt de Montpellier précité.

9° Enfin, l'émancipation de l'enfant.

C'est une question qui nous paraît délicate que celle de savoir si l'usufruit renaîtrait, dans le cas où l'émancipation serait révoquée parce que l'enfant se serait montré incapable d'administrer ses biens (art. 485). La cause de l'usufruit, l'exercice de la puissance paternelle, renaissant dans ce cas, il semble d'abord que l'effet devrait renaître aussi. Cependant, nous pensons, comme la plupart des auteurs, qu'il n'en sera pas ainsi. En effet, si l'usufruit ne peut pas exister sans la puissance paternelle, cette puissance peut très-bien exister sans l'usufruit; c'est ce qui arrive quand le père ou la mère renoncent à leur droit. Or, en consentant, soit expressément, soit tacitement en cas de mariage (art. 476), à l'émancipation de l'enfant, l'usufruitier a renoncé à son droit; et le bénéfice de cette renonciation, une fois acquis à l'enfant, ne peut pas lui être enlevé par la révocation de l'émancipation. Cette révocation, en effet, n'est pas établie pour le profit des père et mère, mais dans l'intérêt de l'enfant et pour le garantir de son inexpérience (1).

Au reste, les créanciers du parent émancipateur ne pourraient pas faire annuler la renonciation résultant accessoirement de l'émancipation, comme ils le peuvent pour la renonciation directe. L'émancipation, en effet, n'est pas une question d'argent ayant pour objet direct l'extinction de l'usufruit légal; elle tient à un ordre de choses purement moral, dans lequel l'intérêt pécuniaire des créanciers ne saurait être écouté. L'émancipation ne peut donc pas être critiquée; et par conséquent, l'extinction de l'usufruit, qu'elle entraîne comme conséquence forcée, ne peut pas l'être davantage.

170. Le divorce, avant son abolition, enlevait aussi le droit de jouissance légale à celui des époux contre lequel il était prononcé. Vingt-six années écoulées depuis qu'il a été aboli ôtent tout intérêt aux questions que pouvait faire naître cette cause d'extinction. Nous devons seulement rappeler ici ce que nous avons dit déjà (t. I, n° 774), que cette cause d'extinction ne doit pas être transportée au cas de séparation de corps; et qu'après sa prononciation, c'est le père qui continue d'avoir la jouissance des biens des enfants.

VIII. — 171. On voit, par tout ce qui précède, qu'en somme la puissance paternelle attribue aux père et mère trois droits distincts : 1° le droit d'éducation, comprenant le droit de correction ; 2° le droit d'administration des biens; 3° le droit d'usufruit légal. Nous croyons nécessaire, avant d'abandonner l'explication de ce titre, de présenter la série des personnes auxquelles chacun de ces droits peut successivement appartenir, afin de faire saisir les différences qui les caractérisent sous ce rapport, et de prévenir ainsi une confusion dans laquelle on tombe souvent.

Le droit d'éducation et de correction d'un enfant légitime appar-

---

(1) *Contrà :* Proudhon et Valette (II, p. 445); Demolombe (VI, 555). — *Conf.* Toullier (II, 1303); Duranton (III, 396); Zachariæ (III, p. 685, n° 23, où l'auteur abandonne l'opinion contraire qu'il avait d'abord exprimée, mais sans motif à l'appui, au t. I, p. 269, n° 3); Taulier (II, p. 96); *Dict. not.* (v° Emancipation, n° 47).

tient tout d'abord au père; — à défaut du père, c'est-à-dire quand celui-ci est mort, présumé absent, interdit, déchu de ses droits; en un mot, toutes les fois qu'il est, par une cause quelconque, dans l'impossibilité légale d'exercer ce droit, il passe à la mère; à défaut et du père et de la mère, il est exercé par le tuteur sous l'autorité du conseil de famille (art. 468). Si donc, après la mort du père, la mère refuse la tutelle, ou si, après la mort de la mère, le père se fait excuser, ce n'est pas au tuteur, c'est à l'auteur de l'enfant, qu'appartient le droit d'éducation. Quant à un ascendant autre que le père ou la mère, il ne l'a jamais en tant qu'ascendant; il ne peut l'avoir qu'autant qu'il serait tuteur.

Ces mêmes règles s'appliquent à l'enfant naturel : le droit d'éducation est exercé sur lui par son père; à défaut de père, par la mère; à défaut de l'un et de l'autre, par le tuteur : il y a seulement cette différence que l'intérêt de l'enfant naturel permet *toujours* aux juges, comme il leur permet pour l'enfant légitime en cas de séparation de corps, d'enlever au père la garde et la surveillance de cet enfant pour les transporter à la mère.

Le droit d'administration des biens, pour l'enfant légitime, appartient, tant que la tutelle n'est pas ouverte, au père, et, à son défaut, à la mère; mais dès qu'il y a tutelle, ce droit passe au tuteur, alors même que l'un des deux auteurs existerait encore et ne serait pas le tuteur. Dans ce cas donc, le droit d'éducation et le droit d'administration se trouveraient séparés l'un de l'autre. Quant à l'enfant naturel, ce droit d'administration n'appartient jamais au père ni à la mère en cette qualité : cet enfant devant toujours être en tutelle, ainsi que nous le verrons sous l'art. 390, c'est par le tuteur, qu'il soit ou non l'auteur de l'enfant, que le droit serait exercé.

Le droit d'usufruit légal, qui n'existe pas sur les enfants naturels, appartient toujours au père, ou à son défaut à la mère, et il n'appartient jamais qu'à eux ; il leur appartient quand même il y aurait un tuteur autre que ce père ou cette mère.

RÉSUMÉ DU TITRE NEUVIÈME.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

I. — On appelle puissance paternelle, l'autorité conférée par la loi aux père et mère sur leurs enfants mineurs non émancipés.

Les effets de la puissance paternelle varient selon qu'elle s'exerce sur des enfants légitimes ou sur des enfants naturels reconnus. Vis-à-vis des enfants légitimes, elle produit trois droits principaux, dont le premier seulement existe dans le cas d'enfants naturels ; ce sont : 1° le droit d'éducation ; 2° le droit d'administration des biens ; 3° le droit d'usufruit légal.

Chacun de ces droits appartient simultanément au père et à la mère. Mais l'exercice en est réservé au père, tant qu'il en est capable ; c'est seulement quand il est mort, absent, interdit ou déchu de son droit par condamnation judiciaire, que cet exercice passe à la mère. Cependant, en cas de séparation de corps ou quand il s'agit d'enfants naturels, l'exercice de la puissance paternelle peut être modifié dans les mains du père par la justice, malgré la capacité de ce père, si l'avantage des enfants l'exige.

§ 1er. — Du droit d'éducation.

II. — Le père, et, à son défaut, la mère, selon ce qui vient d'être dit, sont autorisés (et obligés aussi, car c'est là un devoir en même temps qu'un droit) à surveiller la conduite de leurs enfants, à diriger leur éducation, à régler leur genre de vie.

III. — Une première conséquence de ce droit des parents, c'est l'obligation pour l'enfant de résider dans la maison paternelle ou dans telle maison que l'auteur exerçant l'autorité lui aurait assignée. L'enfant ne pourrait abandonner cette maison sans le consentement de l'auteur ; à moins 1° qu'il n'y fût autorisé par la justice à cause des dangers qu'il pourrait courir, ou 2° que ce ne fût pour s'enrôler sous les drapeaux à l'âge de vingt ans (art. 374).

IV. — La seconde conséquence du droit d'éducation, c'est la faculté pour celui qui l'exerce de faire détenir l'enfant, quand il tombe dans de graves écarts.

La détention de l'enfant ne devait pas être, et n'est pas, en effet, assimilée par la loi à l'emprisonnement ordinaire ; elle a lieu sans aucune formalité et peut être subie dans un établissement non revêtu du caractère légal de prison. Cependant, elle n'est possible que sur un ordre du président du tribunal de première instance ; mais cet ordre ne doit pas même contenir les motifs de l'arrestation (art. 275-383).

V. — La détention a lieu tantôt par voie d'autorité, tantôt par voie de réquisition seulement ; c'est-à-dire que, dans un cas, le parent obtient l'ordre d'arrestation sans énoncer ses motifs et sans que le président puisse refuser ; tandis que, dans le second, les motifs doivent être soumis au président, qui les examine, et accorde ou refuse l'ordre, après en avoir conféré avec le procureur impérial.

La détention n'a lieu par voie d'autorité que sous ces quatre conditions : 1° que l'enfant ait moins de quinze ans ; 2° qu'il n'ait pas de biens personnels, ni un état à lui propre ; 3° que ce soit le père qui le fasse détenir ; et 4° que ce père ne soit pas actuellement remarié.

Quand l'enfant a plus de quinze ans, ou quand le père est remarié, la détention n'est possible que par voie de réquisition.

Quand c'est la mère qui agit, il en est de même, et, de plus, il lui faut le concours des deux plus proches parents paternels ; à défaut de parents paternels, de deux membres du conseil de famille, ou, si l'enfant n'est pas en tutelle, de deux amis du père. Ce droit, au reste, n'ap-

partient à la mère qu'autant qu'elle n'est pas sous la puissance d'un second mari.

Enfin, quand l'enfant est propriétaire ou qu'il exerce un état, la voie de réquisition est encore seule possible, alors même que l'enfant aurait moins de quinze ans et que ce serait le père qui agirait. L'enfant a même le droit, dans ce cas, après que l'ordre a été donné et exécuté, d'appeler au président de la Cour d'appel de la décision du président du tribunal. A cet effet, l'enfant doit adresser un mémoire au procureur général, qui se fait renseigner par le procureur impérial et fait son rapport au président de la Cour ; celui-ci, après en avoir donné avis au père et s'être suffisamment éclairé, peut modifier ou même révoquer l'ordre du premier juge, et abréger ou faire cesser immédiatement la détention (*ibid.*).

VI. — La détention d'un enfant âgé de moins de quinze ans, qu'elle ait lieu par voie d'autorité ou par voie de réquisition, ne peut jamais durer plus d'un mois; au-dessus de cet âge, elle peut s'étendre jusqu'à six mois. Du reste, le père est toujours le maître de faire cesser, avant le temps marqué primitivement, la détention par lui ordonnée ou requise, et la mère a le même droit avec le concours de deux parents ou amis. L'un et l'autre peuvent toujours, bien entendu, ordonner ou requérir, d'après les distinctions ci-dessus, une détention nouvelle, si l'enfant tombe dans des écarts nouveaux.

Dans tous les cas, la détention doit être précédée d'une soumission, de la part du père ou de la mère, de payer les frais qui pourraient être dus, et de la consignation de la somme nécessaire pour les aliments de l'enfant (*ibid.*).

VII. — Le droit d'éducation et de détention appartient aux père et mère naturels légalement connus, d'après les mêmes règles et sauf seulement les modifications qu'appellent les circonstances.

Ainsi, 1° la garde de l'enfant peut être attribuée à la mère, malgré l'existence et la capacité du père, si l'intérêt de cet enfant l'exige ; 2° ce sera toujours avec le concours de deux membres du conseil de famille que la mère exercera le droit de détention ; car, d'une part, il n'y aura jamais de parents paternels, et, d'un autre côté, il y aura toujours un conseil de famille, l'enfant naturel devant toujours être en tutelle ; 3° le mariage actuellement existant du père avec une autre femme que la mère substituera la voie de réquisition à la voie d'autorité pour l'enfant au-dessous de quinze ans ; et le mariage de la mère avec un autre que le père enlèvera à celle-ci tout droit de faire détenir l'enfant (article 383).

§ 2. — Du droit d'administration des biens.

VIII. — Tant que dure le mariage dont un enfant légitime ou légitimé est issu ou réputé issu, cet enfant ne tombe pas en tutelle : c'est le père, s'il est capable, qui administre les biens que cet enfant peut avoir en propre, et qui le représente dans tous les actes civils.

Si le père est incapable ou indigne de cette administration, c'est-à-

dire, 1° quand il est interdit, soit judiciairement, soit légalement; 2° quand il est déchu de son droit de puissance, pour avoir favorisé la débauche de ses enfants; 3° quand il est exclu ou destitué de l'administration, comme il va être dit au n° X; 4° enfin, quand il est en présomption d'absence, le droit d'administration légale passe à la mère. Il n'en serait pas de même à la mort, naturelle ou civile, du père; car la mort d'un des auteurs opérant dissolution de mariage, le droit d'administration légale fera alors place à la tutelle (1).

Que si les père et mère étaient tous deux dans l'impossibilité d'exercer le droit d'administration, par l'une des quatre causes qu'on vient d'indiquer, cette circonstance ne mettrait pas l'enfant en tutelle, le mariage durant toujours; il y aurait lieu, pour ce cas exceptionnel, à la nomination d'un administrateur judiciaire qui prendrait le nom de tuteur provisoire, sans être pourtant un vrai tuteur.

Quand l'administrateur légal se trouve dans l'impossibilité légale d'agir, parce qu'il a dans l'affaire un intérêt opposé à celui de l'enfant, un représentant spécial, prenant le nom de tuteur *ad hoc,* doit être nommé à cet enfant par le tribunal (Appendice à l'art. 383).

IX. — L'administration légale n'est point soumise, comme la tutelle, à la surveillance d'un subrogé tuteur ni d'un conseil de famille, et elle n'emporte point d'hypothèque légale; mais, bien entendu, elle oblige celui qui l'exerce à rendre compte à l'enfant, lors de sa majorité ou de son émancipation, et à lui restituer ses biens ainsi que ceux des revenus sur lesquels n'aurait pas frappé l'usufruit légal dont on va parler au § 3.

Quant au tuteur provisoire et au tuteur *ad hoc* dont on a parlé plus haut, ils ne seraient pas frappés non plus de l'hypothèque légale; mais le tribunal, en nommant le premier, pourrait, selon les cas, le soumettre à un conseil de famille (*ibid.*).

X. — Puisque l'administrateur légal n'est jamais soumis dans sa gestion à l'autorité d'un conseil de famille, il s'ensuit qu'il peut faire seul les actes qu'un tuteur ordinaire peut faire avec l'autorisation de ce conseil; mais il lui faut le concours de la justice pour les actes que la loi ne permet au tuteur, même après l'approbation du conseil de famille, qu'avec l'homologation du tribunal.

Dans le cas de tutelle, le conseil de famille forme une espèce de tribunal domestique jugeant en premier ressort les questions d'exclusion ou de destitution du tuteur; ce conseil n'existant pas pour l'administration légale, c'est alors le tribunal civil qui devrait être saisi directement de ces questions. Au reste, ici, comme dans le cas de tutelle, les causes qui permettraient de prononcer l'exclusion ou la destitution (outre le cas de condamnation à une peine infamante, qui la produit de plein droit) seraient : 1° l'inconduite de l'administrateur; 2° une gestion prouvant son incapacité ou son infidélité (*ibid.*).

---

(1) L'absence *déclarée,* faisant présumer la mort, substitue aussi la tutelle à l'administration légale (*voy.* Résumé du tit. IV, n° XVII, t. I). Quant à la minorité de l'auteur, elle ne l'empêche pas d'être capable d'exercer l'administration paternelle.

XI. — Le gouvernement des biens de l'enfant pendant le mariage étant un droit inhérent à la puissance paternelle, ne saurait en être détaché par l'effet d'une volonté privée ; en conséquence, toute condition qui, dans une donation ou un testament, enlèverait aux père et mère l'administration des biens donnés ou légués, serait légalement non avenue, comme contraire à l'ordre public (*ibid.*).

§ 3. — Du droit d'usufruit légal.

XII. — Comme récompense des peines que donnent aux père et mère légitimes l'éducation de l'enfant et l'administration de ses biens, et aussi comme prérogative due à leur qualité, la loi attribue à ces père et mère l'usufruit des biens des enfants soumis à leur puissance.

Ce droit d'usufruit, à la différence du droit d'administration légale et à l'instar du droit d'éducation, ne finit pas avec le mariage; il continue après sa dissolution au profit du survivant des époux.

Nous avons à voir ici : 1° auquel des deux parents, selon les cas, appartient cet usufruit; 2° sur quels biens il s'exerce ; 3° à quelles charges il est soumis; 4° enfin, par quelles causes il s'éteint.

XIII. — *A qui appartient l'usufruit légal.* — La puissance paternelle appartient, on le sait, aux deux époux simultanément; chacun d'eux a la jouissance du droit ; l'exercice seul est exclusif à l'un ou à l'autre, selon les cas. Tant que tous deux sont vivants, capables et non indignes, la seule préférence du sexe attribue l'exercice au mari : l'incapacité ou l'indignité du mari le fait passer à la femme. Or, dans ces idées se trouve le principe d'attribution de l'usufruit légal à tel ou tel des époux vivant tous deux.

1° Tant que le mari exerce la puissance paternelle, c'est à lui nécessairement qu'appartient l'usufruit. Mais, 2° quand, par une cause quelconque, cet exercice est enlevé au mari et arrive à la femme, celle-ci exerçant alors, non pas le droit du mari, mais un droit qui lui appartient à elle-même comme à lui, cette réunion de la jouissance et de l'exercice du droit entraîne nécessairement pour elle l'usufruit qui en est une conséquence. Que si 3° les deux époux ensemble étaient privés, non pas du droit même pour indignité, mais de son exercice pour incapacité, ces époux se trouvant l'un et l'autre dans la même condition, puisqu'ils auraient tous deux la jouissance sans l'exercice, la seule préférence du sexe attribuerait de nouveau l'usufruit au mari. Si, enfin, 4° l'un des époux était indigne, c'est-à-dire dépouillé non pas seulement de l'exercice, mais de la jouissance même du droit de puissance paternelle (pour excitation de ses enfants à la débauche), il n'y aurait plus de question possible, et l'usufruit appartiendrait à l'autre, soit qu'il eût la jouissance et l'exercice de ce droit, soit qu'il n'en eût que la jouissance seule.

Après la mort naturelle ou civile de l'un des parents, l'usufruit appartient à l'autre, quand même il ne serait pas le tuteur de l'enfant, et quand même encore il serait privé de l'exercice de la puissance pater-

nelle par interdiction, présomption d'absence, destitution ou exclusion; la seule cause qui le lui ferait perdre serait sa déchéance absolue du droit de puissance pour indignité, c'est-à-dire une condamnation pour excitation de ses enfants à la débauche (art. 384).

XIV. — *Sur quels biens frappe l'usufruit légal.* — L'usufruit des père et mère s'étend à tous les biens de l'enfant, quelle que soit leur nature et de quelque source qu'ils proviennent, moins les quatre classes qui suivent :

1° Ceux que l'enfant a gagnés lui-même par un travail et une industrie appliqués à des objets étrangers aux affaires des parents;

2° Ceux qui lui proviennent d'une succession dont l'auteur usufruitier a été écarté comme indigne; mais, bien entendu, l'indignité ne fait obstacle à l'usufruit que pour l'époux indigne et non pour l'autre époux;

3° Ceux qui lui ont été donnés ou légués sous la condition exprimée à l'acte que les père et mère n'en jouiront pas; pourvu qu'il ne s'agisse pas de biens appartenant à l'enfant à titre de réserve légale;

4° Enfin, ceux qui font partie d'un majorat (art. 387).

XV. — *Charges imposées à l'usufruit légal.* — L'auteur usufruitier légal des biens de son enfant est soumis, en cette dernière qualité, à trois espèces d'obligations.

1° Il subit d'abord toutes les charges qui sont imposées à l'usufruitier ordinaire, et qui seront expliquées au titre III du livre II;

2° Il est tenu de procurer à l'enfant une nourriture, un entretien et une éducation proportionnés à sa fortune.

Cette éducation est loin de se confondre avec celle, résultant pour l'usufruitier de sa qualité de père ou de mère, de nourrir, entretenir et élever l'enfant. Et d'abord, de ces deux obligations, la seconde comprend, par le devoir d'élever l'enfant, la prestation de certains soins personnels qui ne sont imposés aux auteurs qu'en tant que père et mère, jamais en tant qu'usufruitiers, et qui, dès lors, ne rentrent pas dans la première. Mais, en outre, et quant aux objets mêmes qui se trouvent communs aux deux obligations, c'est-à-dire pour la nourriture, l'entretien et l'éducation ordinairement dite, quatre différences existent encore entre l'obligation résultant de la qualité d'usufruitier, et celle résultant de la qualité de père ou de mère.

En effet, 1° l'obligation des père et mère, comme tels, est légalement remplie dès qu'ils ont satisfait, d'une manière quelconque, aux besoins de l'enfant, et l'ont mis en état de gagner sa vie, d'une manière quelconque encore; au contraire, l'obligation de l'usufruitier commande de procurer à l'enfant un entretien, une instruction, un genre d'éducation et une position sociale qui soient en rapport avec l'importance de l'usufruit. 2° L'obligation des père et mère s'évanouit (moins la prestation des soins personnels dont il n'est plus question ici) dès là que l'enfant a suffisamment de biens pour satisfaire à ses besoins; en sorte que, quand l'obligation de l'usufruitier, comme tel,

vient à naître, l'autre, au lieu de coexister et de se confondre avec elle, disparaît et cesse d'exister. De là il suit que, quand l'époux usufruitier trouve dans les produits de l'usufruit de quoi suffire aux besoins de l'enfant, l'autre époux, si riche qu'il soit, est libéré de l'obligation qu'il subissait comme père ou comme mère. Au contraire, tant qu'il s'agit de l'obligation résultant de la paternité ou de la maternité, si considérables que soient les biens d'un époux, l'autre la subit toujours dans la proportion de sa propre fortune. 3° Tandis que l'obligation des père et mère, parce qu'elle s'exécute sur leurs propres biens, cesse ou diminue dès là que des biens, soumis ou non à l'usufruit, arrivent à l'enfant, celle de l'usufruitier, au contraire, parce qu'elle s'exécute avec des sommes appartenant à l'enfant, existe toujours sur les biens soumis à l'usufruit, quand même l'enfant aurait d'autres biens non soumis à cet usufruit. 4° Enfin, tandis que l'obligation ordinaire frappant sur les père et mère n'empêcherait pas un créancier de ceux-ci de saisir, de vendre et de s'approprier leur fortune entière, qui forme le gage de ses créances; l'obligation de l'usufruitier ne laissant les fruits devenir siens qu'après son exécution, les créanciers ne pourraient saisir l'usufruit de l'auteur que sous la déduction de ce qui est nécessaire pour l'acquittement de cette charge.

— 3° L'usufruitier légal est tenu d'acquitter, quant aux biens qui tombent sous sa jouissance, les arrérages et intérêts qui se trouvent échus et non payés au moment où ces biens arrivent à l'enfant; et aussi de payer les frais funéraires et de dernière maladie de la personne par la mort de laquelle ces biens passent à l'enfant (art. 385).

XVI. — *Comment s'éteint l'usufruit légal.* — L'usufruit légal peut s'éteindre par l'une des neuf causes suivantes :

1° La mort naturelle (ou civile) de l'usufruitier légal ;

2° Sa renonciation à l'usufruit; sauf, pour les créanciers de l'usufruitier, le droit de faire annuler la renonciation, si elle leur préjudicie ;

3° Sa déchéance de l'usufruit, judiciairement prononcée pour abus de jouissance ;

Quant à l'inaccomplissement des charges, il donnerait seulement lieu, de la part du tribunal, à ordonner les mesures nécessaires pour en assurer l'exécution ;

4° La déchéance du droit de puissance paternelle, résultant de la condamnation prononcée pour avoir excité ou favorisé la débauche des enfants;

5° Le défaut, de la part du survivant des époux communs en biens, d'avoir fait dresser dans le délai légal un inventaire des biens de la communauté ;

6° Le second mariage de la mère ;

L'usufruit ne renaîtrait ni par la dissolution de ce mariage, ni même par son annulation, à moins que la mère ne le fît annuler comme contracté par violence. L'inconduite de la mère ne produit pas le même effet que son second mariage;

7° La mort naturelle ou civile de l'enfant ;

8° L'accomplissement de sa dix-huitième année ;

9° Son émancipation ;

Ici les créanciers de l'émancipateur ne pourraient pas critiquer l'extinction d'usufruit qu'entraîne l'émancipation ; et la révocation de cette émancipation, pour engagements excessifs de l'enfant, ne ferait pas renaître l'usufruit (art. 386).

TITRE X.

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION.

(Décrété le 26 mars 1803. — Promulgué le 5 avril.)

172. Les forces intellectuelles de l'homme, c'est-à-dire sa capacité morale, ne se développent que tardivement ; ce n'est qu'à un âge un peu avancé déjà qu'il se trouve en état de se gouverner lui-même. Jusqu'à cet âge, donc, la loi le soumet soit à la puissance paternelle, ainsi qu'on l'a vu au titre précédent, soit au pouvoir tutélaire, soit même, selon les cas, à l'une et à l'autre tout ensemble.

Tous les hommes ne deviennent pas capables au même âge ; tel individu de dix-sept ans peut avoir une plus grande force d'intelligence et de raison que tel autre arrivé déjà à sa vingtième année. Mais la loi ne pouvait pas, on le conçoit, faire dépendre la majorité, pour chacun en particulier, d'un examen à peu près impossible ; elle a dû, comme pour la puberté (art. 144), comme pour la durée des gestations légitimes (art. 312), procéder par présomption, et déterminer un âge préfix et uniforme, au-dessous duquel tous sont réputés incapables, tandis que tous ceux qui l'ont dépassé sont réputés jouir d'une pleine capacité. Ceux qui sont encore au-dessous de cet âge, qui forme le point d'arrivée de la capacité présomptive de la loi, se nomment *mineurs ;* ceux qui l'ont dépassé sont dits *majeurs ;* expressions qui s'emploient ordinairement seules, mais qui n'ont un sens complet qu'au moyen de ces autres mots sous-entendus : (*mineurs* ou *majeurs*) *de l'âge fixé par la loi.* La fixation de cet âge est l'objet unique du chapitre I de notre titre.

Certains individus pouvant déjà jouir d'une assez grande capacité réelle avant l'âge fixé pour la capacité légale, la loi permet à ceux sous la direction desquels se trouve un enfant, de l'affranchir, tout mineur qu'il est encore, de la puissance paternelle et de la tutelle, et de lui conférer ainsi des droits qui se rapprochent de ceux du majeur, sans se confondre avec eux. Cet affranchissement exceptionnel de la puissance paternelle et de la tutelle se nomme *émancipation.*

Ces idées nous expliquent l'objet et la marche du titre que nous allons examiner, et que les rédacteurs ont divisé en trois chapitres.

Le chapitre I, *De la Minorité,* nous apprend jusqu'à quel âge on est mineur;

Le chapitre II, *De la Tutelle,* présente diverses règles organiques du pouvoir tutélaire, et aussi quelques dispositions relatives à la puissance paternelle;

Le chapitre III, *De l'Émancipation,* indique les conditions sous lesquelles l'enfant peut être affranchi de la puissance paternelle et de la tutelle avant sa majorité, et les effets de cet affranchissement.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MINORITÉ.

388. — Le mineur est l'individu de l'un et de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de vingt et un ans accomplis.

SOMMAIRE.

I. La minorité ordinaire finit à vingt et un ans. — Différences entre la minorité ordinaire et la minorité du mariage.
II. Différence profonde entre la minorité française et la minorité romaine.
III. La durée de la minorité se calcule par heures et non par jours.

I. — 173. On peut rapprocher de cet article, pour les expliquer tous deux ensemble, l'art. 488, le premier du titre suivant, formant à lui seul le chapitre *De la Majorité,* comme le nôtre forme à lui seul le chapitre *De la Minorité*. Cet art. 488, qui n'ajoute au nôtre aucune idée nouvelle, est ainsi conçu : « La majorité est fixée à vingt et un ans accomplis ; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile, sauf la restriction portée au titre *Du Mariage.* »

Ainsi, c'est à vingt et un ans que finit la minorité, c'est-à-dire l'incapacité d'âge, et que la majorité commence. Mais il ne s'agit là que de la minorité ordinaire, et non de la minorité quant au mariage, laquelle suit des règles toutes différentes. En effet, 1° tandis que la première finit toujours à vingt et un ans, la seconde ne s'arrête à cet âge que pour les filles, et peut durer jusqu'à vingt-cinq ans pour les enfants mâles; 2° même au-dessous de vingt et un ans, c'est-à-dire quand les deux minorités semblent se confondre, elles sont encore distinctes et ne soumettent pas l'enfant au même pouvoir : à défaut de la puissance paternelle, la minorité ordinaire le soumet au tuteur et au conseil de famille ; au contraire, la minorité de mariage le soumet, dans ce même cas, au pouvoir des ascendants supérieurs. Ainsi, qu'un jeune homme de dix-huit ans, qui a perdu ses père et mère, ait encore une aïeule qui n'est pas tutrice, il dépendra de son tuteur et du conseil de famille pour l'administration de ses biens, et même pour le droit de correction (art. 450 et 488). Quant au mariage, au contraire, il dépendra de l'aïeule, de l'aïeule seule; c'est de son consentement qu'il aura besoin pour se marier (art. 150). et avec ce consentement il deviendra capable de faire, dans son contrat de mariage, sans aucune intervention

du tuteur ni du conseil de famille, tous les actes de disposition de biens qu'un majeur pourrait faire (art. 1398).

II. — 174. Au surplus, et pour ne plus parler que de la minorité proprement dite, de la minorité ordinaire, il faut bien se garder d'assimiler, comme l'ont fait la plupart des auteurs, notre minorité française avec la minorité romaine.

Chez nous, c'est la minorité qui constitue la pleine incapacité d'âge, c'est elle qui soumet à la tutelle; tout enfant en tutelle, tout *pupillus,* est nécessairement un *mineur*. A Rome, au contraire, le *mineur* n'est jamais en tutelle, il n'est jamais *pupillus*. A Rome, la tutelle *finit* à quatorze ans pour les hommes, à douze ans pour les femmes, et c'est à cet âge que la minorité *commence,* pour durer jusqu'à vingt-cinq ans; le *minor* ne devient tel que quand il a cessé d'être *pupillus :* la pupillarité et la minorité, qui se confondent chez nous, sont donc à Rome deux périodes qui se succèdent l'une à l'autre, et dont la première seule constitue la véritable incapacité d'âge. Le *minor* n'était pas même connu dans les vrais principes du droit romain; l'homme, quant à l'âge, était complétement incapable ou complétement capable : complétement incapable pendant la tutelle, tant qu'il était *pupillus,* c'est-à-dire jusqu'à douze et quatorze ans, l'homme devenait complétement capable au-dessus de cet âge. Ce n'est qu'assez tard qu'on s'occupa de donner à l'enfant déjà pubère une demi-protection, qui fut toujours bien loin d'équivaloir à la tutelle. Vers la fin du sixième siècle seulement, une loi *Plœtoria* soumit à une condamnation infamante ceux qui abuseraient de l'inexpérience d'un jeune homme encore *mineur de vingt-cinq ans;* bientôt après, le droit prétorien accorda aux individus *adhùc minores viginti quinque annis,* le droit de se faire restituer contre tout acte qui les aurait lésés. Enfin Marc Aurèle permit de leur donner un curateur; encore n'en avaient-ils un que quand ils le demandaient.

On voit donc qu'il n'y a rien de commun entre notre mineur et le *minor* des Romains, et que, quand on voudra présenter des textes romains applicables à nos mineurs, ce n'est pas parmi les règles concernant les *minores* qu'il faudra les chercher, comme on le fait quelquefois, mais parmi celles relatives aux *pupilli*.

III. — 175. Les vingt et une années à l'expiration desquelles finit la minorité doivent tout naturellement se compter par heures, par instants même, *a momento in momentum ;* car l'enfant qui est né le 30 juillet 1830, à midi, aura vingt et un ans accomplis, et sera majeur dès lors, le 30 juillet 1851, à midi : à cet effet, l'acte de naissance de cet enfant a dû constater à quelle heure il est né (art. 57). On ne pourrait s'écarter de ce principe de raison et compter par jours, qu'autant qu'un texte spécial dérogerait à cette règle, comme la loi le fait pour la prescription (art. 2260 et 2261). Aussi la loi romaine, qui, pour les prescriptions, exigeait comme la nôtre l'accomplissement du dernier jour (D. l. XLI, t. III, 6), comptait comme nous le faisons ici la durée de la minorité (l. IV, t. IV, 3, § 3).

Que si l'heure de la naissance n'était pas connue, la minorité étant une faveur, ce serait le cas d'attendre la fin de la dernière journée.

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE.

176. On distingue deux grandes classes de tutelles : la tutelle des mineurs, qui fait l'objet de ce chapitre, et la tutelle des majeurs interdits judiciairement ou légalement, dont s'occupent le chapitre II du titre suivant et l'art. 29 du Code pénal.

La tutelle du mineur peut se définir : un pouvoir déféré, soit par la loi, soit avec la permission de la loi, à une personne capable sur une personne incapable par son âge, dans le but de protéger celle-ci. Quand elle est déférée par la loi même, elle se nomme *légitime;* quand elle l'est par les personnes qui tiennent de la loi le droit de la déférer, on l'appelle tutelle *dative*. La tutelle dative se subdivise en *dative* spécialement dite, et *testamentaire*.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA TUTELLE DES PÈRE ET MÈRE.

389. — Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs.

Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance; et, quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit.

177. Cet article, qui n'appartient pas à la matière de la Tutelle, a été expliqué au titre précédent, dans l'Appendice qui suit l'art. 383.

390. — Après la dissolution du mariage arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère.

SOMMAIRE.

I. Ce n'est pas précisément la mort d'un époux, c'est la dissolution du mariage qui ouvre la tutelle des enfants légitimes.
II. Les enfants naturels sont toujours en tutelle, et leur tutelle est toujours dative.

I. — 178. Cet article ne nous dit pas, et aucun article ne dit, par quelle cause commence, pour les enfants légitimes, la *tutelle* en général; il dit seulement par quelle cause commence la *tutelle légitime* de l'un des époux : c'est à la dissolution du mariage arrivée par la mort de l'autre. Mais la *tutelle,* en général, quand commence-t-elle pour les enfants légitimes? C'est ce que nous ne voyons pas dans les textes. Quand commence-t-elle, en outre, pour les enfants naturels? Le Code n'en dit pas un mot.

Le moment précis où l'enfant légitime mineur et non émancipé tombe en tutelle, c'est la dissolution du mariage de ses père et mère, arrivée par quelque cause que ce soit. Il n'y a jamais tutelle, tant que le mariage dure; il y a toujours tutelle, dès que le mariage n'existe plus : nous croyons facile de prouver ces deux propositions.

Et d'abord, la tutelle ne doit jamais commencer avant la dissolution du mariage; l'esprit de la loi apparaît suffisamment à ce sujet par les art. 389, 390 et 141. *Durant le mariage,* le père est administrateur des biens, dit l'art. 389, sans distinguer si la mère est ou non en état d'aider le père de ses conseils ou de ses observations; la disparition même de cette mère ne modifie rien, le père ne devient pas pour cela tuteur, et c'est parce qu'il ne se fait alors aucun changement que l'art. 141, en prévoyant la disparition du père, ne parle pas de celle de la mère. Notre art. 390 déclare, d'après ces mêmes idées, que le père ne deviendra jamais tuteur légitime que par la dissolution du mariage arrivée par la mort de la mère. Mais, puisque la mort de la femme changerait l'administration du mari en une simple tutelle, tandis que l'interdiction, la disparition, en un mot toute incapacité de cette femme, ou encore la séparation de corps, ne produirait pas cet effet, c'est donc que l'incapacité de l'un des époux, ou la séparation de fait ou judiciaire de ces époux, n'est pas, aux yeux de la loi, une circonstance assez grave pour appeler les précautions rigoureuses d'une tutelle. Ceci tient, sans doute, à ce que ces circonstances d'incapacité ou de séparation peuvent toujours n'être que momentanées, et d'ailleurs ne se présentent que rarement. Et du moment que ces événements n'ont pas la force de faire dégénérer l'administration légale en simple tutelle, il importe donc peu qu'ils se réalisent en la personne du mari, ou même chez les deux époux à la fois : c'est ce que prouvent et l'art. 141, qui déclare que la disparition du père donne à la femme, non pas la tutelle, mais l'administration légale; et notre art. 390, qui veut que la femme, comme le mari, ne soit jamais tutrice légitime que par la mort du conjoint; et enfin, l'art. 142, d'après lequel la disparition des deux époux ensemble ne donnerait pas encore lieu à la tutelle.

Il est un cas qui semble d'abord contredire cette théorie de la loi, mais qui n'en est au contraire qu'un résultat logique : c'est celui de déclaration d'absence. Alors, il est vrai, il y a tutelle, quoique la dissolution du mariage ne soit pas prouvée (art. 143, n° V). Mais cette tutelle, provisoire et conditionnelle comme toutes les mesures auxquelles donne lieu la déclaration d'absence, n'est fondée, on le sait, que sur la mort prématurée de l'absent; en sorte que, si l'absent revenait ou donnait preuve de vie, il n'y aurait pas eu tutelle véritable, mais simple administration d'un gérant ordinaire.

Donc, il n'y a jamais tutelle tant qu'il y a mariage. Et maintenant, réciproquement, il y a toujours tutelle dès que le mariage est dissous.

En effet, ce n'est que *durant le mariage* qu'il y a lieu, d'après l'article 389, à la simple administration paternelle; et dans les observations par lesquelles le Tribunat a motivé cette disposition, on disait

également que c'est seulement *pendant que le mariage existe* qu'il ne doit pas être question de tutelle (Fenet, t. X, p. 608). Si notre article ne parle que de la dissolution *par la mort* donnant lieu à la tutelle *légitime,* c'est que la dissolution par le divorce avait été prévue et réglée antérieurement par l'art. 302, lequel attribuait implicitement au tribunal le soin de régler l'administration des biens des enfants. Mais cette administration, comme l'enseigne avec raison Toullier (t. II, nos 1093, 1094 et 1095), était une vraie tutelle, pour laquelle il fallait établir un conseil de famille, nommer un subrogé tuteur, et qui emportait hypothèque légale.

Ainsi, en deux mots, tant qu'il y a mariage, alors même qu'il y aurait incapacité physique ou légale d'un époux ou de tous deux, ou que tous deux auraient disparu, ou qu'ils seraient séparés de corps, il y a simple administration légale, laquelle est exercée : 1° en principe, par le père; 2° s'il en est physiquement ou légalement empêché, par la mère; 3° s'ils en sont empêchés tous deux, par un gérant judiciairement désigné pour les remplacer. Dès que le mariage est dissous, par quelque cause que ce soit, il y a tutelle (1).

179. La délation à la mère, dans le cas d'empêchement du père, de l'administration légale des biens, délation que nous avons enseignée déjà dans l'Appendice qui suit l'art. 383, est niée par certains jurisconsultes; cette administration, fort peu commode, disent-ils, d'une femme mariée, n'a pas dû être dans l'esprit de la loi. Mais l'erreur de cette idée est certaine. Et d'abord, les prétendus inconvénients de cette administration n'existent pas; puisque si la femme mariée est, en cette qualité, incapable quant à l'administration de ses biens propres, elle n'en est pas moins pleinement capable, ainsi qu'on l'a vu déjà plusieurs fois, pour toute autre administration. D'un autre côté, la pensée du législateur sur ce point est facile à saisir. L'administration légale des biens est un attribut de la puissance paternelle : or, cette puissance appartient à la mère comme au père (art. 372 et 381); c'est seulement pour son *exercice* que le premier est préféré à la seconde (article 373); donc, quand le père ne l'exerce plus, c'est à la mère de l'exercer. C'est par une conséquence de ce droit que, par la mort du père, la mère devient tutrice légitime en même temps qu'usufruitière légale (art. 390); qu'en même temps elle peut, comme le peut le père lui-même, déférer l'administration à un tuteur de son choix (art. 397); et que, dans le cas de disparition du père, la loi lui attribue expressément l'administration (art. 141).

Au reste, aujourd'hui que le divorce est aboli, le mariage ne pouvant plus se dissoudre que par la mort (naturelle ou civile), il devient synonyme de dire que la tutelle des mineurs légitimes commence par ladissolution du mariage, ou de dire, comme nous l'avons fait nous-même plusieurs fois, qu'elle commence par la mort d'un des époux.

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Tutelle, n° 31).

Toutefois, nous avons dû éclaircir cette question, dont la solution va jeter du jour sur celle à laquelle nous arrivons.

II. — 180. Le Code garde un silence absolu sur la tutelle des enfants naturels. Faut-il en conclure ou que ces enfants ne sont jamais en tutelle, ou que leur tutelle suit en tout les mêmes règles que celle des enfants légitimes? Il est bien évident que non : les enfants naturels, d'une part, peuvent avoir des biens, et ces biens ne peuvent pas rester à l'abandon; d'un autre côté, ce n'est pas à la dissolution d'un mariage qui n'existe pas chez leurs auteurs que la tutelle peut commencer.

Quand donc commencera-t-elle? Dès leur naissance même, si dès ce moment ils ont des biens à administrer. L'esprit de la loi manifeste assez cette pensée. En effet, c'est par la dissolution du mariage et dès que les époux avaient cessé d'être tels, quoiqu'ils vécussent encore tous deux, que le Code ouvrait la tutelle des enfants légitimes; or, deux parents naturels qui peuvent n'avoir aucune intention de vivre ensemble, qui peut-être sont mariés chacun de leur côté, ne présentent pas, pour la bonne administration des biens de l'enfant, plus de garantie que les deux époux divorcés. Si la loi avait entendu ne mettre le bâtard en tutelle qu'à la mort de l'un de ses auteurs, c'est donc que, jusqu'à ce moment, il y aurait eu pour ces auteurs, comme pour ceux de l'enfant légitime, administration légale; et Toullier (II, 1073), en effet, enseigne implicitement qu'il en est ainsi. Or, c'est une erreur. Ce n'est pas *tant que les deux auteurs sont vivants*, c'est seulement *tant que dure le mariage* (art. 389), que le législateur établit l'administration paternelle qui précède le pouvoir tutélaire. Des trois droits qui découlent de la puissance paternelle, droit d'éducation, droit d'administration de biens, droit d'usufruit, la loi n'a accordé que le premier aux père et mère naturels (art. 383); elle leur refuse les deux autres. Donc, l'administration tutélaire est la première et la seule à laquelle puissent être soumis les biens d'un enfant naturel. C'est ce que reconnaît comme nous M. Demolombe (VI, 650).

On ne lit pas sans étonnement un arrêt rendu, en contradiction de ce principe, par la Cour de Pau, le 13 février 1822.

Une fille Ermet avait eu, des œuvres d'un sieur Lalanne, une fille qu'ils reconnurent tous deux sous le nom de Catherine Lalanne. Plus tard, la mère épousa un sieur Queheillat et fut longtemps, avec lui, au service d'un riche étranger qui laissa à la jeune Catherine des biens considérables. Pour l'administration de ces biens, on forma un conseil de famille composé d'amis qui déféra la tutelle au sieur Queheillat, lequel, en effet, avait toujours servi de père à l'enfant de sa femme. Cette mesure, en même temps qu'elle était légale, était donc conforme aux intérêts de l'enfant. Bientôt Lalanne, mû par un sentiment de cupidité, attaqua cette mesure et prétendit que sa qualité de père lui donnait, en vertu des art. 389 et 384, l'administration et l'usufruit légal des biens de Catherine. Or, que fait la Cour de Pau? Au lieu de

confirmer la nomination du tuteur, elle se jette dans une voie détournée, où elle viole deux ou trois fois la loi en se contredisant elle-même d'une ligne à l'autre, le tout pour arriver enfin à un résultat à peu près semblable en fait.

Ainsi, la Cour reconnaît en principe qu'*il n'y a lieu ni à l'usufruit légal ni à l'administration légale, attendu que les art.* 384 *et* 389 *sont inapplicables par leur contexture même aux père et mère naturels.* C'était vrai. Mais puisqu'il n'y a pas lieu au droit de simple administration, comme pour les enfants légitimes pendant le mariage, il y a donc lieu à tutelle, comme pour les enfants légitimes quand le mariage n'existe plus? Eh bien, non, il n'y a pas lieu à la tutelle, dit la Cour, *attendu qu'aucune disposition ne commande de mettre en tutelle l'enfant naturel qui a ses père et mère!* Mais aucune disposition ne commande non plus d'y mettre l'enfant naturel qui n'a que son père ou sa mère, ni même celui qui n'a ni père ni mère; il n'y aura donc jamais de tutelle pour lui! Bien mieux, comme aucun texte ne commande non plus pour ses biens un autre système d'administration, puisque la loi garde un silence absolu, il s'ensuit qu'il n'y aura jamais lieu à aucune mesure quelle qu'elle soit!... La Cour énonce ensuite que *dans l'intérêt des enfants la mère naturelle est plus favorablement traitée que la mère légitime,* et qu'elle peut très-bien avoir l'administration des biens, qu'aucun texte cependant ne lui accorde! En conséquence de ces idées fausses et contradictoires, la Cour rend un dispositif qui annule comme illégale la nomination du tuteur Queheillat, qui cependant rejette toutes les prétentions de Lalanne, et donne l'*administration* à la femme Ermet *conjointement avec Queheillat,* son mari.

181. Et puisque les père et mère naturels ne jouissent pas du droit d'administration légale, ils n'auront non plus ni la tutelle légitime déférée de plein droit par notre article au survivant des époux, ni le droit accordé à ce même survivant, par l'art. 397, de nommer en mourant un tuteur à son enfant. Ces deux droits, en effet, sans se confondre avec le droit d'administration légale, sont cependant, chez les père et mère légitimes, des prérogatives qui en découlent. L'enfant naturel sera donc toujours en tutelle dative, et le conseil de famille, comme le tribunal en cas de divorce, sera maître d'attribuer la tutelle à tel des deux parents, ou même à tel étranger qu'il pensera mieux convenir aux intérêts de l'enfant. (*Conf.* Paris, 9 août 1811.) (1)

Revenons à la tutelle que la loi défère de plein droit au survivant des époux, en établissant toutefois, entre le père et la mère, trois différences qui vont nous être présentées par les art. 391, 394 et 395.

---

(1) *Adde,* Lyon, 11 juin 1856, 8 mars 1859 (Dev., 56, II, 526; 60, II, 431). — Jugé au contraire que la tutelle légale d'un enfant naturel appartient de plein droit au père ou à la mère qui l'a reconnu. Douai, 22 juill. 1856 (Dev., 57, II, 33); Poitiers, 5 mai 1858 (Dev., 58, II, 240); Aubry et Rau (IV, § 571, p. 713); *Dict. not.* (v° Tutelle, n° 20).

391. — Pourra néanmoins le père nommer à la mère survivante et tutrice un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle.

Si le père spécifie les actes pour lesquels le conseil sera nommé, la tutrice sera habile à faire les autres sans son assistance.

392. — Cette nomination de conseil ne pourra être faite que de l'une des manières suivantes :

1° Par acte de dernière volonté;

2° Par une déclaration faite ou devant le juge de paix, assisté de son greffier, ou devant notaires.

182. Ces deux articles nous indiquent la première différence qui existe entre le père et la mère relativement à la tutelle légitime; c'est que celle-ci peut être soumise par le mari à un conseil sans l'assistance duquel elle ne pourra faire certains actes ou même aucun acte de la tutelle. Si le père a spécifié les actes pour lesquels l'assistance lui paraît nécessaire, par exemple des procès à soutenir, cette assistance ne sera exigée pour aucun autre acte; mais si le père n'a rien dit, elle le sera pour tous.

Et remarquons bien que ce n'est pas seulement un *avis,* en conformité ou en contrariété duquel la mère tutrice serait libre d'agir, qu'elle doit obtenir, dans le but seulement de s'éclaircir; mais bien, comme le dit la fin de l'art. 391, l'*assistance* du conseil, c'est-à-dire son assentiment, son concours au moins moral à l'acte; en un mot, un avis conforme. Les actes consentis sans cet avis conforme seront nuls; car la mère était, d'après les termes mêmes de l'article, *inhabile à les faire.*

Il suit de là que le conseil, en refusant son assentiment à un acte, force la mère à s'en abstenir, et de là naît la question de savoir si ce conseil serait responsable, vis-à-vis du mineur, du dommage que l'inaccomplissement de cet acte pourrait lui causer. La négative nous paraît seule admissible, puisque ce conseil n'administre pas, n'est pas comptable, et ne fait qu'exprimer son opinion.

La nomination du conseil, lequel peut se constituer de plusieurs personnes comme d'une seule, doit être faite ou 1° par un acte de dernière volonté, c'est-à-dire dans l'une des formes voulues pour les testaments (art. 969 à 980); ou 2° par une déclaration consignée dans un acte dressé, soit par deux notaires et deux témoins, ou un notaire et quatre témoins, soit par un juge de paix assisté de son greffier.

393. — Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille.

A la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, et le curateur en sera de plein droit le subrogé tuteur.

I. — 183. Quand, à la mort du mari, il n'existe pas d'enfants mi-

neurs, mais que la femme est enceinte, on ne sait pas à qui appartient la succession laissée par le défunt : si l'enfant que porte la veuve naît vivant et viable, lui seul est propriétaire ; dans le cas contraire, il sera censé n'avoir jamais existé, et les biens, dès la mort du mari, auront appartenu à ses autres héritiers. Il est donc juste, en attendant l'événement et vu l'incertitude où l'on est, de ne remettre les biens ni en la possession de ces héritiers, qui peut-être n'y ont et n'y auront jamais aucun droit, ni sous l'administration de la femme, pour laquelle la qualité de tutrice de l'enfant propriétaire n'est pas certaine. D'un autre côté, il est à craindre que la grossesse de la femme ne soit que supposée par elle, ou qu'après avoir été vraiment enceinte elle ne substitue un autre enfant à celui qui serait mort-né, le tout dans le but de se procurer pendant dix-huit années l'usufruit des biens héréditaires. Notre article obvie à ce double embarras en faisant nommer par le conseil de famille un curateur qui sera chargé, tout à la fois, et de surveiller la veuve pour prévenir la supposition ou substitution d'enfant, et d'administrer les biens pour le compte de celui ou de ceux qui se trouveront plus tard y avoir droit.

Si la femme accouche d'un enfant viable, elle en sera tutrice légitime, et le curateur en deviendra le subrogé tuteur. Or, d'après l'art. 423, le subrogé tuteur d'un enfant doit toujours appartenir à celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartient pas ; il faut donc que le curateur dont il s'agit soit choisi dans la ligne paternelle. Cette circonstance donnera d'ailleurs plus de garantie, et de sa bonne administration, et du soin qu'il apportera à surveiller la veuve, puisque, étant lui-même un des parents du mari défunt, et sans doute l'un de ses héritiers à défaut d'enfants, il aura un intérêt personnel à bien remplir sa double mission. Du rapprochement de ce même art. 423, qui défend au tuteur de voter dans la nomination du subrogé tuteur, il résulte que la veuve, qui est ou se dit enceinte, n'aura pas voix à l'assemblée du conseil de famille où sera nommé le curateur. C'est évident et fort juste aussi, puisque c'est lui, si elle devient tutrice, qui sera chargé de la contrôler comme subrogé tuteur, et que dès à présent c'est lui encore qui va la surveiller.

II. — 184. Au reste, la règle de notre article n'est portée que pour le cas où il n'existe pas, au décès du mari, d'autres enfants du mariage, mineurs et non émancipés.

En effet, s'il en existait, il serait d'abord certain que l'administration appartient à la mère comme tutrice de ceux-ci ; d'un autre côté, la supposition de part (*partûs*), tendant à se procurer frauduleusement l'usufruit légal, ne serait plus à craindre, ou le serait beaucoup moins, puisque la mère aurait déjà cet usufruit du chef des autres enfants et qu'il ne pourrait être question pour elle que de l'augmenter un peu, soit en le faisant frapper sur une plus grande fraction de biens, soit en le faisant durer plus longtemps sur la part de l'enfant supposé ; enfin, alors même qu'un danger sérieux existerait encore, la nomination d'un curateur serait toujours inutile, puisque le subrogé tuteur qu'on

nommerait à la mère serait appelé, par le but même de sa mission, à surveiller celle-ci et à prévenir la supposition de part dans l'intérêt de ses pupilles. Les premiers mots de notre article signifient donc : *si la femme est seulement enceinte,* sans être déjà mère d'enfants mineurs; si la femme ne prétend droit à l'administration que *comme étant enceinte.*

Que s'il existait des enfants, mais qu'ils fussent tous majeurs ou émancipés, il est évident qu'on serait dans le cas prévu par l'article.

394. — La mère n'est point tenue d'accepter la tutelle; néanmoins, et en cas qu'elle la refuse, elle devra en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur.

185. Une seconde différence entre le père et la mère, quant à la délation de la tutelle, résulte de notre article. La mère, en effet, que son sexe rend ordinairement moins apte aux affaires, peut toujours refuser la tutelle de ses enfants; le père, au contraire, ne peut s'en dispenser que par l'une des causes générales d'excuse indiquées à la section VI, lesquelles sont même plus sévères pour lui que pour tout autre (art. 435 et 436).

Mais si notre article permet à la mère de ne pas accepter la tutelle, il ne lui permet pas également de s'en décharger après l'avoir acceptée. De droit commun, la tutelle est une charge forcée; en sorte que la faculté de la refuser constitue vraiment une exception, et ne doit pas dès lors être étendue au delà de ses termes. D'un autre côté, la dispense *à tuteláj jàm susceptà* étant distincte de celle *à suscipiendà* et plus difficile qu'elle, comme on peut le voir par la comparaison des art. 428 et 429 avec l'art. 430, il s'ensuit que notre article, en permettant à la mère de ne point accepter la tutelle, n'emporte pas pour elle le droit de répudier celle dont elle se serait chargée.

Au reste, le conseil de famille jouissant nécessairement, dans l'intérêt du pupille, d'un pouvoir discrétionnaire pour excuser un tuteur dépourvu de motif légal, il pourrait toujours dispenser la mère et le ferait probablement; mais ici l'admission de l'excuse ne serait que facultative, tandis qu'elle est obligatoire dans le cas de notre article.

Quant au point de savoir quand la femme sera réputée avoir accepté, il n'y aura pas d'embarras possible si elle a fait une acceptation expresse, en prenant dans l'inventaire ou dans tout autre acte la qualité de tutrice; mais elle peut aussi accepter tacitement. L'acceptation tacite ne peut pas résulter du seul fait que la femme a administré, puisque c'est là une obligation qui lui est formellement imposée par notre article; mais elle résulterait du retard qu'elle aurait apporté à déclarer son refus au conseil de famille. La loi n'ayant fixé aucun délai pour la manifestation de ce refus, le conseil de famille, et après lui les tribunaux, jugeraient par les circonstances.

Ne quittons pas cet article sans faire remarquer qu'au refus de la mère il n'y a pas lieu à la tutelle légitime des ascendants, mais bien

à la tutelle dative : la mère, aux termes de l'article, doit faire *nommer* un tuteur. C'est qu'en effet (et cette règle est importante), il n'y a jamais lieu à la tutelle légitime que 1° quand la tutelle s'ouvre, c'est-à-dire à la dissolution du mariage; et en outre 2° quand elle devient vacante par *mort* d'un *tuteur légitime :* quand c'est par la mort d'un *tuteur datif,* ou par l'*excuse,* l'*exclusion* ou la *destitution* d'un tuteur quel qu'il soit, que la vacance se réalise, c'est un tuteur datif qui est appelé. (*Voy.* art. 402 et 405.)

395. — Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée.

A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit; et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée.

396. — Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour cotuteur le second mari, qui deviendra solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage.

SOMMAIRE.

I. Troisième et dernière différence entre la tutelle légitime du père et celle de la mère. — Effets divers que peut produire le second mariage de la mère, tutrice légale, par rapport à elle-même.

II. Effets qu'il peut produire par rapport à son nouvel époux.

I. — 186. Cet article nous présente la troisième et dernière différence qui existe entre le mari et la femme, quant à la tutelle légitime de leurs enfants : le nouveau mariage de la mère survivante lui fait perdre la tutelle, si elle ne s'y fait maintenir, avant la célébration, par une déclaration du conseil de famille, tandis que le nouveau mariage du père ne modifie en rien la qualité ni les droits de celui-ci. Cette différence, ainsi que celles analogues résultant des art. 386, 381 et 206, 1°, tient à ce que le mariage ne met pas le mari sous la dépendance de la femme, mais la femme sous la dépendance du mari.

Ainsi, la femme doit, avant de se remarier, convoquer le conseil de famille, qui examinera le caractère, la moralité, la capacité, les qualités diverses du futur beau-père des pupilles, et jugera s'il convient de conserver la mère pour tutrice en lui donnant ce beau-père pour cotuteur, ou de faire cesser de suite la tutelle légitime en nommant un autre tuteur à la place de la mère (1).

Si la femme se remarie sans convoquer le conseil de famille, elle perd *ipso facto*, en punition de sa contravention, sa qualité de tutrice légale,

(1) La tutelle ne peut être enlevée au cas de convol que pour des causes graves et lorsque l'intérêt des enfants l'exige impérieusement. Agen, 24 déc. 1860 (Dev., 61, II, 182).

et le conseil doit se réunir au plus tôt pour pourvoir à la tutelle vacante en droit. Ce conseil peut très-bien nommer la mère elle-même (1); mais, au lieu d'être encore tutrice légitime, comme quand elle est maintenue dans sa tutelle, elle ne serait plus que tutrice dative, d'où il suit qu'elle n'aurait plus le droit de choisir elle-même en mourant un tuteur à ses enfants (art. 309), et qu'à sa mort la tutelle passerait, non de plein droit aux ascendants, mais à un tuteur datif, d'après les règles qui seront expliquées sous les art. 402 et 405.

Du reste, soit que le conseil de famille renomme la mère, soit qu'il choisisse un autre tuteur, la mère sera soumise, dans tous les cas, à toutes les charges d'une tutrice, pour l'intervalle qui s'est écoulé entre son mariage et sa nouvelle nomination. Ainsi, les obligations qui sont nées contre elle dans cet intervalle emporteront hypothèque légale. En effet, bien que par son mariage sa qualité de tutrice cesse en droit, il est clair que sa responsabilité continue et qu'elle devrait plutôt augmenter que diminuer, puisqu'elle est en faute. Pour que l'hypothèque eût cessé contre elle, il lui eût fallu se faire décharger de la tutelle régulièrement; or, loin de s'en faire décharger, elle l'a *conservée,* dit l'art. 395 *in fine :* alors qu'elle ne lui appartenait plus en droit, elle l'a conservée en fait; elle en subira donc les conséquences : elle l'a conservée *indûment,* ce n'est certes pas un titre pour être traitée moins rigoureusement (2). Ainsi, quand la mère, remariée sans avoir convoqué le conseil de famille, n'est pas ensuite renommée comme tutrice dative, l'hypothèque légale qui frappe ses biens ne cesse qu'à l'entrée en fonctions du nouveau tuteur; que si elle est renommée, cette hypothèque continuera sans avoir jamais cessé un instant.

Le principe général des tutelles légitimes étant qu'une tutelle de cette classe ne peut jamais succéder à une tutelle dative, il s'ensuit que la mère non maintenue dans sa tutelle légitime ne la recouvrerait pas par la mort de son second mari. La mère, en se remariant sans convoquer le conseil de famille, ou malgré le vœu de ce conseil, a brisé elle-même son droit.

Que si la mère a convoqué le conseil de famille et que celui-ci l'ait maintenue dans sa tutelle légitime, rien n'est changé à sa position, sauf qu'elle aura son second mari pour cotuteur, ainsi que nous allons le dire plus bas.

II. — 187. Voyons maintenant quel sera, d'après nos articles, le rôle du second mari.

Si le conseil de famille, convoqué avant le mariage, écarte la mère de la tutelle, il lui nommera un successeur, et le second mari se trouvera dès lors complétement étranger aux affaires du pupille. Mais il en

---

(1) *Conf.* Paris, 24 juin 1856 (Dev., 56, II, 527; Dall., 57, II, 10); *Dict. not.* (v° Tutelle, n° 50).

(2) Et puisque la mère exerce en fait la tutelle jusqu'à son remplacement, et qu'elle n'est déchue en droit que dans l'intérêt des mineurs, il s'ensuit que les actes qu'elle a faits après sa déchéance ne seraient nuls que dans l'intérêt de ces mineurs, et non pas contre eux au profit des tiers. (Arrêts conf. Limoges, 17 juill. 1822; Cass., 28 mai 1823.)

sera autrement si la femme est maintenue dans la tutelle, ou si elle se marie sans que le conseil de famille ait prononcé.

Lorsque le conseil de famille conserve la tutelle à la femme, il ne le peut faire qu'en lui adjoignant son second mari comme cotuteur. Et puisque celui-ci est cotuteur, c'est-à-dire TUTEUR *avec* sa femme, il sera donc, comme tout tuteur, soumis à l'hypothèque légale; et comme il n'est que cotuteur, que *tuteur* AVEC la femme et par la femme, il s'ensuit qu'il perdrait cette qualité par la mort, la destitution ou l'excuse de celle-ci : quand l'une n'est plus tutrice, il est évident que l'autre ne peut pas être cotuteur (1).

Il est clair, et telle est d'ailleurs la disposition de l'art. 396, que le second mari, étant tuteur en même temps que la femme, chargé comme elle et avec elle de l'administration des biens, sera responsable comme elle de la gestion commune; tous deux en répondront, non pas pour moitié chacun, mais *solidairement*, c'est-à-dire de manière que l'un d'eux pourrait être poursuivi pour le tout (art. 1200).

Quand la mère se remarie sans avoir provoqué la décision du conseil de famille, son mari, que la loi trouve en faute de n'avoir pas fait régulariser la position de la femme, répond, solidairement encore, *de toutes les suites de la tutelle*, c'est-à-dire de toutes les condamnations qui, par suite de la tutelle, pourront être prononcées contre cette femme, même pour des actes antérieurs au mariage (2). C'est seulement quand les choses se sont passées régulièrement, et que le second mari est cotuteur, qu'il ne répond que *de la gestion postérieure au mariage* (art. 396). Mais réciproquement l'époux de la femme déchue de la tutelle ne serait pas grevé de l'hypothèque légale, puisqu'il n'est pas tuteur; c'est, selon nous, violer la loi que de juger le contraire, comme l'a fait un arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 1836.

SECTION II.

DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE PÈRE OU LA MÈRE.

397. — Le droit individuel de choisir un tuteur parent, ou même étranger, n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère.

398. — Ce droit ne peut être exercé que dans les formes prescrites par l'article 392, et sous les exceptions et modifications ci-après.

399. — La mère remariée et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage, ne peut leur choisir un tuteur.

400. — Lorsque la mère remariée, et maintenue dans la tutelle, aura fait choix d'un tuteur aux enfants de son premier mariage, ce

---

(1) La destitution encourue par le mari cotuteur entraîne nécessairement la cessation de la tutelle conservée à la mère par le conseil de famille. Bourges, 28 janv. 1857; Rouen, 25 juin 1857 (Dev., 57, II, 508; 58, II, 408).

(2) *Conf.* Caen, 22 mars 1860 (Dev., 60, II, 610); Aubry et Rau (I, § 99 *bis*, p. 366); *Dict. not.* (v° Tutelle, n° 43). *Contrà :* Demolombe (VII, n°s 126 et suiv.); Massé et Vergé (I, § 229, note 3); Valette (*Explic. somm.*, p. 231).

choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille.

SOMMAIRE.

I. L'auteur ne peut nommer un tuteur à ses enfants qu'autant qu'il est survivant et qu'il conserve jusqu'à sa mort la tutelle légitime.
II. Observation sur l'art. 400 et sur l'art. 398.

I. — 188. Le droit accordé au dernier mourant des père et mère, de pourvoir, pour le temps qui suivra sa mort, à l'administration des biens de son enfant, n'est et ne peut être que la conséquence du droit d'administration, qu'il tient lui-même de la loi. S'il n'avait plus ce droit d'administration, il est bien clair qu'il ne pourrait pas le conférer à un autre : car *nemo dat quod non habet*. Lors donc que l'époux survivant est exclu, destitué ou excusé de la tutelle légitime, ou encore quand il n'est plus que tuteur datif, il ne peut exercer le droit dont parle l'art. 397.

Tout le monde admet cette doctrine quant au tuteur exclu ou destitué ; mais les avis se partagent quand il s'agit de celui qui est simplement excusé ou de celui qui est encore tuteur datif. Pour nous, nous ne voyons pas comment il serait possible, à moins d'arbitraire, de soustraire ceux-ci au principe incontestable que nous avons posé. Le tuteur, en se faisant excuser, renonce à son droit d'administration ; comment transmettrait-il à un autre ce qu'il n'a plus lui-même ? Ce tuteur ne peut pas, tout le monde l'accorde, nommer le tuteur qui vient prendre sa place, c'est le conseil de famille qui doit le faire ; mais puisque ce survivant donne ainsi la démission de son droit, par quelle cause inconnue le recouvrerait-il au moment de sa mort ? Par quel principe le tuteur qui le remplace, et qui ne tient sa mission que du conseil de famille, devrait-il, à la mort de ce survivant, s'éloigner pour faire place à celui que ce survivant a choisi ? (1)

Et maintenant, si le survivant est tuteur, mais simplement tuteur datif ; par exemple, si le père d'abord excusé, ou si la mère après avoir refusé ou s'être remariée sans être maintenue dans sa tutelle, sont ensuite renommés par le conseil de famille, ce survivant, tuteur datif, ne peut pas davantage exercer le choix dont il s'agit ; car alors ce n'est plus en lui que réside le principe du droit d'administration, c'est dans le conseil de famille dont il n'est plus que le délégué, et qui ne lui a conféré que les droits qu'il eût conférés à tout autre tuteur datif. Aussi l'art. 399 refuse-t-il le droit de nomination à la mère toutes les fois qu'elle n'est pas *maintenue* dans sa tutelle légitime, et non pas seulement quand elle n'est pas tutrice. Bien mieux ; comme la mère, alors même qu'elle est maintenue, ne conserve son droit légal d'administration que sous l'approbation du conseil de famille, ce n'est aussi que sauf cette approbation qu'elle peut conférer l'administration à un autre (art. 400).

(1) *Conf.* Demolombe (VII, nº 163) ; Aubry et Rau (I, § 100, nº 6).

Et ce n'est pas seulement au moment où il exprime sa volonté, c'est aussi quand il meurt, que le survivant doit avoir encore l'administration, puisque c'est à ce moment de sa mort qu'il doit transmettre cette administration à un autre.

On voit, par le texte même de nos articles, que la nomination dont il s'agit ne peut jamais être faite que par le *dernier mourant* des père et mère. Un époux ne peut pas, du vivant de son conjoint, nommer un tuteur pour après sa mort ou celle de ce conjoint; il doit respecter le droit qu'aura l'autre époux d'être tuteur légitime et de nommer un tuteur qui lui succède. Ainsi, quand même un des époux serait interdit, déchu de la puissance paternelle ou présumé absent, l'autre époux, n'étant pas survivant, ne pourrait pas faire la nomination dont il s'agit; car le premier peut (ne fût-ce, en cas de déchéance de la puissance paternelle, que par l'effet du droit de grâce) recouvrer son droit de tutelle légitime. Bien entendu, le droit de nomination existerait si le conjoint était absent *déclaré,* puisqu'alors il est légalement supposé mort (art. 123, n° 1); mais si l'absent donnait preuve de vie, la nomination serait non avenue (1).

Les explications qui viennent d'être données se résument à dire que, pour nommer efficacement un tuteur à son enfant, l'auteur doit être, et rester jusqu'à sa mort, tuteur légitime. Car l'auteur tuteur légitime a nécessairement 1° le droit d'administration découlant de la loi même; 2° la qualité de survivant; — réciproquement, tout époux qui est survivant et qui a un droit d'administration venant directement de la loi, n'est rien autre chose qu'un tuteur légitime.

II. — 189. On a dit que l'art. 400 portait une disposition inutile en permettant d'une part à la mère maintenue dans la tutelle légitime de nommer un tuteur, et en soumettant ensuite l'efficacité de la nomination à la confirmation du conseil de famille. C'est, a-t-on dit, anéantir le droit de nomination de la mère, puisque le tuteur que le conseil confirme, il pourrait également le nommer.

C'est là une erreur. Entre les deux cas, prétendus identiques, il y a cette grande différence, que le tuteur nommé par la mère, et *confirmé* seulement par le conseil de famille, sera tuteur malgré la présence et à l'exclusion des ascendants du pupille; tandis que, dans ce même cas, le tuteur qui serait *nommé* par le conseil de famille ne le serait pas valablement, et n'empêcherait pas la tutelle légitime de ces ascendants (art. 402).

Au reste, la nomination, émanant soit du père, soit de la mère, doit se faire, d'après l'art. 398, dans les mêmes formes que la nomination du conseil que le père peut imposer à la mère survivante, c'est-à-dire 1° par une déclaration passée devant notaires ou devant un juge de paix assisté de son greffier, ou 2° dans l'une des formes voulues pour les testaments. Nous disons dans la *forme* d'un testament et non pas *dans un testament :* car l'acte serait valable alors même qu'il ne con-

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Tutelle, n° 64).

tiendrait aucune disposition quant aux biens et ne constituerait pas, dès lors, un testament proprement dit. En effet, l'art. 392 ne dit pas *par testament,* mais *par acte de dernière volonté;* or, il y a alors expression de la volonté dernière quant à la tutelle : cet art. 392 ne s'occupe donc que des formes, et l'art. 398 le prouve encore en renvoyant aux *formes prescrites* antérieurement.

La circonstance que la tutelle dont il s'agit ne se confère jamais que par acte de dernière volonté l'a fait souvent appeler tutelle *testamentaire,* par opposition à la tutelle dative proprement dite, que défère le conseil de famille. Mais cette qualification de testamentaire, que nous emploierons nous-même à l'occasion, ne l'empêche pas d'être une tutelle dative aussi, puisqu'il y a nomination.

401. — Le tuteur élu par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle, s'il n'est d'ailleurs dans la classe des personnes qu'à défaut de cette élection spéciale le conseil de famille eût pu en charger.

190. Cet article, parfaitement inutile dans le Code, signifie tout simplement que le tuteur élu par le père ou la mère peut s'excuser de la tutelle de la même manière et pour les mêmes causes que tout autre tuteur. Si les rédacteurs l'ont écrit, ç'a été pour indiquer cette idée, que le tuteur dont il s'agit n'étant qu'un tuteur datif, il peut, comme les tuteurs nommés par le conseil de famille, refuser la tutelle par cela seul qu'il existe, dans la distance de quatre myriamètres, un parent ou un allié du pupille en état de gérer la tutelle, lorsqu'il n'est lui-même ni parent ni allié. Mais l'art. 432 exprimait cette idée assez clairement pour qu'on éliminât le nôtre, dont la rédaction a d'ailleurs le tort de présenter comme règle ce qui est l'exception, et réciproquement. En effet, l'impression que produit sa première lecture, c'est que le tuteur élu par le dernier mourant, à la différence des autres tuteurs, ne serait pas, *en principe,* tenu d'accepter, et n'y serait forcé qu'exceptionnellement; or, cette idée serait complétement fausse.

SECTION III.

DE LA TUTELLE DES ASCENDANTS.

402. — Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère, la tutelle appartient de droit à son aïeul paternel; à défaut de celui-ci, à son aïeul maternel, et ainsi en remontant, de manière que l'ascendant paternel soit toujours préféré à l'ascendant maternel du même degré.

403. — Si, à défaut de l'aïeul paternel et de l'aïeul maternel du mineur, la concurrence se trouvait établie entre deux ascendants du degré supérieur qui appartinssent tous deux à la ligne paternelle du mineur, la tutelle passera de droit à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur.

404. — Si la même concurrence a lieu entre deux bisaïeuls de la ligne maternelle, la nomination sera faite par le conseil de famille, qui ne pourra néanmoins que choisir l'un de ces deux ascendants.

SOMMAIRE.

I. Dans quel ordre les ascendants mâles viennent-ils à la tutelle légitime ?
II. Quand y a-t-il lieu à cette tutelle légitime des ascendants ?

I. — 191. Nous avons à examiner ici deux questions : 1° Dans quel ordre les ascendants, autres que le père et la mère, sont-ils appelés à la tutelle légitime? 2° D'après quelle règle distingue-t-on s'il y a lieu à la tutelle légitime de ces ascendants, ou à la tutelle dative? Le texte même de nos articles répond à la première. Mais, pour la solution de la seconde, on est réduit à de simples inductions : aussi les auteurs sont-ils loin d'être d'accord sur ce point.

Voyons d'abord dans quel ordre sont appelés les ascendants. Nous ne parlerons que des ascendants, des mâles; car les femmes ne sont jamais appelées à la tutelle dont il s'agit : la tutelle légitime du survivant des époux, celle de la section Ire, est la seule tutelle légitime dont les femmes soient capables, en sorte qu'il n'y a jamais d'autre tutrice légitime que la mère. Quant aux autres ascendantes, elles peuvent seulement être tutrices datives; et toute autre femme, fût-elle sœur du pupille, est incapable d'exercer une tutelle quelconque (art. 442, 3°). Maintenant, pour l'ordre à suivre dans la tutelle des ascendants mâles, la loi consacre 1° la priorité de degré, 2° la préférence de la génération par mâles, 3° enfin, en cas d'insuffisance de ces deux règles, la décision du conseil de famille.

Ainsi, quand le pupille a un aïeul et un bisaïeul, c'est l'aïeul qui est tuteur, par priorité de degré. — S'il a ses deux aïeuls, le père de son père et le père de sa mère, le premier l'emporte, vu la génération par mâles; il en est de même s'il existe un seul des deux bisaïeuls paternels, puis un des deux ou les deux bisaïeuls maternels : le premier serait tuteur. Il en serait de même encore entre les deux bisaïeuls paternels; car deux bisaïeuls paternels étant l'un le père *du père* de mon père, et l'autre le père de *sa mère*, il y a entre moi et le premier une génération *continue* par mâles qui n'existe pas pour le second, et qui donne la préférence à celui-là (art. 403). — Que s'il n'y a lieu de préférer aucun des deux ascendants ni pour priorité de degré, ni pour génération par mâles; ainsi, quand ce sont deux bisaïeuls maternels l'un et l'autre, c'est le conseil de famille qui décide, d'après l'intérêt de l'enfant, auquel des deux la tutelle sera confiée. Mais remarquons bien que l'ascendant ainsi préféré par le conseil n'en est pas moins tuteur légitime : le conseil ne se réunit pas alors pour conférer le droit de tutelle, mais pour le consacrer chez l'une des deux personnes qui l'ont toutes deux. S'il s'agissait d'un tuteur datif, le conseil pourrait le choisir où il voudrait, ce qu'il ne peut pas faire ici (article 404).

II. — 192. Maintenant, quand y a-t-il lieu à la tutelle légitime des ascendants? Les auteurs, nous l'avons dit déjà, sont loin d'être d'accord sur ce point; et cependant, il se présente ici une règle générale que la raison soupçonne à l'avance, et qui se trouve effectivement d'accord avec les différents textes. En effet, n'est-il pas convenable que celui à qui la loi fait l'honneur de conférer elle-même et directement le droit de tutelle ne l'exerce pas en second, comme simple lieutenant, comme auxiliaire d'un autre appelé avant lui et qui est là vivant encore?... La conséquence de cette idée serait que, quand un tuteur quel qu'il soit, légitime ou datif, sera excusé, exclu ou destitué, en un mot toutes les fois qu'il sera écarté de la tutelle sans mourir, il n'y aura pas lieu d'appeler un tuteur légitime, mais un tuteur datif. Eh bien, c'est ce que veulent les art. 405 et 394 : l'art. 405 dit qu'il y a lieu *à la tutelle dative* lorsque l'enfant reste sans père ni mère, ni tuteur élu par eux, ni ascendants mâles, et aussi *lorsque le tuteur de l'une de ces qualités est excusé ou exclu;* l'art. 394 nous dit que, quand la mère survivante refuse la tutelle, cette tutelle passe, non pas au plus proche ascendant, mais à l'individu que *nomme* le conseil de famille. Ainsi d'abord, ce n'est jamais qu'à la *mort* d'un tuteur que la tutelle légitime des ascendants a lieu; mais a-t-elle lieu à la mort de tout tuteur? Évidemment non : ce respect du tuteur légitime, qui ne permet pas de l'appeler tant qu'existe le tuteur quelconque appelé avant lui, ne permet pas de l'appeler non plus quand le tuteur qui meurt n'était que datif; quand on laisse de côté les tuteurs légitimes, ce ne peut pas être pour y revenir ensuite comme à un pis aller. Dès que la tutelle est devenue dative, elle doit rester dative. — Tel est le principe de l'article 402, qui déclare n'y avoir lieu à la tutelle légitime des ascendants qu'autant qu'*il n'a pas été choisi un tuteur par le dernier mourant des père et mère.*

Il ne suffit pas, toutefois, pour faire tomber la tutelle légitime des ascendants, qu'un tuteur *ait été choisi* par le survivant des père et mère; il faut que ce tuteur choisi existe encore à la mort du survivant. En effet, la désignation d'un tuteur, par le survivant des père et mère, est nécessairement faite, comme toute déclaration de volonté dernière, sous la condition que la personne indiquée survivra au déclarant; en sorte que, si elle prédécède, la déclaration est censée n'avoir pas eu lieu. Mais dès là qu'à la mort du survivant le tuteur élu existe, il y a tutelle dative; et quand même il serait incapable, fou, interdit, c'est le conseil de famille qui pourvoirait à son remplacement (Argum. de l'art. 405). — Cette règle, mal comprise par Proudhon, a été parfaitement saisie par son annotateur, M. Valette, qui (sans le développer comme nous l'avons fait) présente sur ce point (II, p. 295 et 297) l'idée que nous avons adoptée nous-même.

Donc, en définitive, il n'y a lieu à tutelle légitime que dans deux cas : 1° pour le survivant des époux, quand la tutelle s'ouvre par la mort de l'autre; 2° pour l'ascendant que son degré, ou la génération par mâles, ou la déclaration du conseil de famille, rend préférable aux

autres, quand la tutelle devient vacante et lui est attribuée par la mort d'un autre tuteur légitime.

Ainsi, quand le survivant des époux meurt après avoir conservé la tutelle légitime jusqu'à la fin, et sans laisser à sa mort un tuteur par lui élu, c'est l'ascendant préférable qui devient tuteur légitime; si cet ascendant exerce aussi la tutelle jusqu'à sa mort, le second ascendant devient tuteur légitime à son tour, et ainsi de suite. Mais 1° dès qu'un tuteur légitime, soit après avoir exercé déjà, soit avant d'entrer en fonctions, se trouve ne point exercer la tutelle, c'est à la tutelle dative du conseil de famille qu'il y a lieu, et 2° dès qu'il y a lieu un seul instant à la tutelle dative. on ne revient jamais à la tutelle légitime (1).

SECTION IV.

DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE CONSEIL DE FAMILLE.

405. — Lorsqu'un enfant mineur et non émancipé restera sans père ni mère, ni tuteur élu par ses père et mère, ni ascendants mâles, comme aussi lorsque le tuteur de l'une des qualités ci-dessus exprimées se trouvera ou dans le cas des exclusions dont il sera parlé ci-après, ou valablement excusé, il sera pourvu, par un conseil de famille, à la nomination d'un tuteur.

N. B. — Cet article se trouve expliqué par ce qui vient d'être dit dans la section précédente.

406. — Ce conseil sera convoqué soit sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties intéressées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix du domicile du mineur. Toute personne pourra dénoncer à ce juge de paix le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur.

193. Il ne s'agit dans cet article que de la convocation d'un conseil appelé à nommer un tuteur, et non pas de toute convocation de conseil; car, dans le cas de tutelle légitime ou testamentaire, le devoir de convoquer le conseil (si ce conseil n'existe pas déjà) est imposé au tuteur lui-même, dont la fraude, sous ce rapport, donnerait lieu à destitution (art. 421).

Notre article, en tant qu'il s'occupe d'une première convocation, ne s'appliquera même pas toutes les fois qu'il y aura lieu à la délation de la tutelle par le conseil de famille; car, la plupart du temps, le conseil existera déjà avant l'ouverture de la tutelle dative. Nous disons *la plupart du temps,* et non pas toujours; car il y a lieu de *créer* le conseil

---

(1) Ainsi, lorsque la mère, avant de convoler à de secondes noces, a perdu la tutelle faute de s'y être fait maintenir, il y a lieu non à la tutelle légale des ascendants, mais à la tutelle dative. Paris, 24 juin 1856 (Dev., 56, II, 527).

pour nommer un tuteur : 1° quand il s'agit de la tutelle d'un enfant naturel ; 2° quand, après la mort d'un époux, l'autre meurt aussi sans s'être occupé de la tutelle et sans laisser aucun ascendant de l'enfant.

407. — Le conseil de famille sera composé, non compris le juge de paix, de six parents ou alliés, pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte que dans la distance de deux myriamètres, moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, et en suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne.

Le parent sera préféré à l'allié du même degré; et, parmi les parents de même degré, le plus âgé à celui qui le sera le moins.

194. Ainsi, en principe et sauf l'exception que va nous indiquer l'article suivant, le conseil de famille ne se compose que de six membres, trois qui représentent la parenté paternelle du pupille, trois représentant sa parenté maternelle. Les alliés sont appelés comme les parents, et sans que ceux-ci leur soient préférés par leur seule qualité de parents; c'est seulement quand le parent et l'allié sont du même degré que la parenté l'emporte sur l'alliance. Entre deux parents, et aussi (quoique l'article ne le dise pas) entre deux alliés, d'un même degré, l'âge plus avancé détermine la préférence.

Au reste, l'allié ne doit être appelé, selon nous, qu'autant que l'époux produisant l'affinité existe encore, ou qu'il est remplacé par les enfants qu'il a laissés. Sans doute l'alliance, une fois formée, subsiste toujours, quels que soient les événements postérieurs, et alors même que l'époux qui la produirait est mort sans enfants ; mais nous pensons qu'en cet état l'alliance n'a plus aucun effet légal, excepté seulement *pour les empêchements au mariage*. C'est ainsi que la parenté naturelle, quand elle n'est pas régulièrement constatée, produit l'empêchement au mariage (art. 161, n° II), sans avoir aucun effet nulle part ailleurs. Nous croyons qu'il en est de même de l'alliance quand l'époux qui l'a produite est mort sans enfants; et cette règle nous paraît résulter suffisamment des art. 206, 2°, du Code Napoléon, 283 et 378, 2°, du Code de procédure. — Cette opinion a été combattue, depuis notre 1re édition, par M. Valette (II, p. 315), qui appuie la décision contraire sur cette définition de Pothier (prise dans le droit romain) : *L'affinité est le rapport qu'il y a entre l'un des conjoints et les parents de l'autre*. Mais c'est précisément en traitant *des empêchements au mariage* (part. III, ch. 4, art. 2) que Pothier parle ainsi absolument, et sa définition, fort juste assurément, ne l'empêche pas d'être de notre avis sur le point qui nous occupe. En traitant de la formation du conseil de famille, il dit : *On convoque les affins aussi bien que les parents; les affins sont ceux qui ont épousé une parente du mineur* QUI EST VIVANTE, OU DONT IL Y A QUELQUE ENFANT (*Des Personnes*, tit. VI, sect. IV, art. 1, § 2) (1).

(1) *Conf.* Rouen, 28 août 1809; Rejet, 16 juill. 1810. — *Contrà :* Rejet, 24 fév. 1825.

408. — Les frères germains du mineur et les maris des sœurs germaines sont seuls exceptés de la limitation de nombre posée en l'article précédent.

S'ils sont six, ou au delà, ils seront tous membres du conseil de famille, qu'ils composeront seuls, avec les veuves d'ascendants et les ascendants valablement excusés, s'il y en a.

S'ils sont en nombre inférieur, les autres parents ne seront appelés que pour compléter le conseil.

I. — 195. On appelle *germains* les frères qui sont tels par le père et par la mère, *consanguins* ceux qui le sont par le père seulement, et *utérins* ceux qui ne le sont que par leur mère.

Ceci compris, notre article, dont Delvincourt, Proudhon (II, p. 310), M. Valette (*ibid.*) et M. Demolombe (VII, 263) donnent une interprétation selon nous inexacte, nous semble cependant facile à expliquer. La difficulté vient de ce que la loi, après avoir dit que les frères germains et maris de sœurs germaines sont *seuls* exceptés de la limitation du nombre six, appelle cependant avec eux, en sus de ce nombre, les ascendantes veuves et les ascendants excusés. « Ces derniers, dit-on, sont donc exceptés aussi; et quant aux ascendants qui n'ont pas eu besoin d'excuse pour ne pas être tuteurs, parce que la tutelle ne leur a pas été déférée, il est clair qu'ils seront traités aussi favorablement que les ascendants excusés, en sorte qu'ils seront exceptés également de la limitation. Donc, l'article signifie que les frères germains et maris de sœurs germaines, puis aussi les ascendants et ascendantes veuves, sont toujours appelés au conseil, quel que soit leur nombre. »

Mais il nous paraît certain que tel n'est pas le sens de l'article. Et d'abord, les frères germains et maris de sœurs germaines sont *seuls* exceptés de la règle qui n'admet que six membres au conseil. Quant aux ascendantes veuves et ascendants excusés, il sont appelés à prendre part aux délibérations du conseil, mais ils n'en sont pas membres. L'article l'entend bien ainsi, puisqu'il déclare que, malgré leur présence, les frères germains et maris de sœurs germaines *le composeront seuls,* tellement que, s'ils étaient moins de six, il faudrait appeler d'autres parents pour le compléter.

Nous disons *les ascendantes veuves;* car il n'est douteux pour personne, et l'historique de la rédaction du Code prouve que c'est là le sens qu'on a attaché aux mots *veuves d'ascendants,* qui pèchent par trop de généralité. En effet, la qualification de veuve d'ascendant conviendrait aussi à la seconde épouse de l'ascendant mort, laquelle pourrait être complétement étrangère à l'enfant. Il ne s'agit que des ascendants et ascendantes *veuves,* d'où il suit que celle qui est encore mariée à l'ascendant n'a pas le droit indiqué par l'article, et que celle qui se serait remariée ne l'aurait plus. — Il est évident que, parmi les ascendantes, il faut placer, quant à l'exercice de ce droit, la mère survivante et non remariée qui n'a pas accepté la tutelle.

II. — 196. Les ascendantes veuves et les ascendants excusés ne sont donc appelés au conseil que par respect pour leur titre : leur vote y est reçu quand ils veulent l'apporter, mais il n'est pas indispensable. Et, en effet, les ascendantes, par la seule considération de leur sexe, et les ascendants, quand ils ont une cause d'excuse, ne devaient pas subir la qualité de membre *onéraire;* c'est un fardeau que la loi ne permet pas de leur imposer. Mais il en serait autrement des ascendants non excusés : eux ne seraient pas seulement appelés comme membres simplement honoraires; ils sont soumis à la règle générale, et ils en subiraient, le cas échéant, toutes les conséquences. Nous disons *le cas échéant,* car ils ne deviendront ainsi membres onéraires qu'autant, bien entendu, qu'ils feraient partie des six parents ou alliés les plus proches.

Au reste, si les ascendants non excusés peuvent et doivent, sous les conditions voulues, être membres onéraires du conseil, tandis que les ascendantes et les ascendants excusés ne le peuvent pas, ce n'est pas une raison, assurément, pour refuser aux premiers le droit, accordé aux autres, d'être aussi membres honoraires, quand ils ne se trouveront pas dans le nombre six (1).

409. — Lorsque les parents ou alliés de l'une ou de l'autre ligne se trouveront en nombre insuffisant sur les lieux, ou dans la distance désignée par l'article 407, le juge de paix appellera, soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit, dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur.

197. Quand, dans la distance de deux myriamètres de la commune où la tutelle s'est ouverte, on ne trouve pas les trois parents ou alliés qui doivent représenter une ligne; par exemple, si dans la ligne paternelle on ne trouve qu'un parent et un allié, ce n'est pas dans l'autre ligne qu'il faut en prendre un de plus; car, de cette manière, on aurait quatre parents d'une ligne et deux de l'autre, ce qui briserait l'équilibre. Le juge de paix peut alors appeler à son choix, ou un ami du père, pourvu qu'il demeure dans la commune même (2), ou un parent ou allié paternel domicilié au delà des deux myriamètres. Ainsi, ce n'est pas du cas où les deux lignes réunies ne fourniraient pas les six parents ou alliés que notre article parle, mais du cas où l'une des deux lignes ne fournirait pas son contingent de trois. Aussi l'article dit *l'une* ou *l'autre ligne,* et non pas *l'une et l'autre.* — Ces mots n'existaient pas d'abord dans l'article; l'addition en a été demandée par le Tribunat

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Conseil de famille, n° 4).

(2) *Conf.* Cass., 19 août 1850 (Dev., 50, I, 644). — Mais cependant il a été décidé que le juge de paix peut appeler des amis domiciliés dans une autre commune. Lyon, 14 juill. 1853; Douai, 4 juill. 1855, 22 juill. 1856 (Dev., 53, II, 618; 56, II, 668; 57, II, 33).

« *pour qu'on ne croie pas permis* de compléter une ligne en appelant les parents ou alliés de l'autre. » (Fenet, t. X, p. 611.)

410. — Le juge de paix pourra, lors même qu'il y aurait sur les lieux un nombre suffisant de parents ou alliés, permettre de citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degrés ou de mêmes degrés que les parents ou alliés présents; de manière toutefois que cela s'opère en retranchant quelques-uns de ces derniers, et sans excéder le nombre réglé par les précédents articles.

SOMMAIRE.

I. Latitude laissée au juge de paix quant à la formation du conseil.
II. Le conseil de famille existe dans toute tutelle.
III. Le lieu de l'ouverture de la tutelle (qui détermine la composition du conseil, le lieu de ses séances et la compétence du juge de paix appelé à le convoquer et le présider) reste fixé invariablement par l'ouverture de la tutelle dative proprement dite.
IV. L'inobservation des règles prescrites pour la formation du conseil donne lieu à une nullité facultative pour les tribunaux.

I. — 198. Le juge de paix, on le voit, jouit d'une certaine latitude pour dresser la liste des personnes qui doivent composer le conseil de famille. Ainsi, outre qu'à défaut de parents et d'alliés dans la distance légale, il est libre d'appeler ou des amis de la commune même ou des parents ou alliés demeurant au loin (art. 409), il est encore maître, même en présence de parents ou d'alliés demeurant dans la distance légale, d'appeler, de quelque distance que ce soit, d'autres parents ou alliés de degré plus proche ou de même degré (article 410).

II. — 199. Avant de passer aux articles suivants, nous devons placer ici plusieurs explications d'une grande importance.

Et d'abord, quoique la loi ne nous parle de l'organisation du conseil de famille que dans cette section IV, et à propos de la tutelle que ce conseil doit déférer, il est bien clair qu'un conseil de famille doit exister dans toute tutelle, et aussi bien dans les cas prévus par les trois sections précédentes que dans le cas de notre section. Cette règle est écrite dans l'art. 421, qui déclare que, dans le cas de ces sections I, II et III, *le tuteur doit, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer un conseil de famille composé comme il est dit dans notre section IV*. Bien plus, ce conseil survit encore à la tutelle; il continue, après l'émancipation, pendant toute la minorité (art. 483).

Ainsi, la circonstance que le législateur ne s'est occupé de l'organisation du conseil de famille que dans notre section IV est complétement insignifiante sous ce rapport. Mais il n'en est pas de même sous tous rapports; cette même circonstance va jeter du jour sur une grave question que nous allons examiner au numéro suivant, et nous aider à saisir l'une des différences qui existent entre les tutelles légitime ou testamentaire et la tutelle dative.

III. — 200. Le conseil de famille, d'après les articles ci-dessus, se compose des six parents ou alliés les plus proches de ceux qui demeurent dans la commune, ou dans les deux myriamètres de la commune *où la tutelle sera ouverte* (art. 407), c'est-à-dire de la commune où l'enfant avait son *domicile* quand la tutelle a commencé (art. 406); c'est le juge de paix du canton dans lequel se trouve cette commune qui est président du conseil (art. 416), et c'est chez lui que le conseil tiendra séance (art. 415). Mais quelle est l'ouverture de la tutelle dont parle l'art. 407? Est-ce seulement l'événement primitif qui a fait tomber l'enfant en tutelle, c'est-à-dire la mort de l'un de ses deux auteurs; ou bien tout événement donnant lieu à un tuteur nouveau; ou bien, enfin, l'événement qui ouvre la tutelle dative proprement dite, c'est-à-dire le droit de nomination du conseil de famille?

Le second système est évidemment inacceptable. Il n'y a pas autant d'ouvertures de tutelles que de tuteurs nouveaux. Il est d'ailleurs impossible de penser que le législateur ait entendu permettre à tout tuteur, quel qu'il soit, de changer, comme il voudrait et quand il voudrait, le conseil de famille, par cela seul qu'il irait prendre à vingt ou trente lieues un domicile nouveau, lequel étant le domicile du mineur (art. 808), donnerait lieu à une nouvelle composition de conseil quand ce tuteur viendrait à mourir (art. 406 et 407). Aussi ce système est-il repoussé par tous les auteurs et par la jurisprudence (1).

Mais s'il y a parfait accord entre les auteurs, et aussi entre les arrêts, pour la réprobation de ce système, il n'en est plus de même quand il s'agit de savoir lequel des deux autres doit être adopté. L'ouverture de tutelle qui doit fixer à toujours et irrévocablement le domicile du conseil de famille est-elle l'ouverture de la tutelle en général, arrivée par la mort de l'un des auteurs; ou bien est-ce l'ouverture de la tutelle déférée par le conseil de famille?... Ainsi, deux jeunes gens, nés tous deux loin de Paris, s'y étaient mariés et fixés pour une entreprise commerciale; le mari meurt, et la mère, tutrice légale de son jeune enfant, est soumise à un conseil de famille composé d'amis; après deux ou trois années employées à la liquidation de ses affaires, elle retourne dans son pays, dans sa famille, qui sont peut-être aussi le pays et la famille de son époux défunt : est-ce que, dans ces circonstances, la mère ne pourra pas faire convoquer, à son nouveau domicile, un conseil composé de très-proches parents des deux lignes, et sera-t-elle tenue (ainsi que les ascendants après elle) de continuer la gestion avec le conseil d'amis qui se trouve à Paris, à soixante lieues de là?... En un mot, les art. 406 et 407 sont-ils écrits pour toutes espèces de tutelles, ou seulement pour les tutelles déférées par le conseil de famille?

M. Duranton enseigne (III, n° 453) qu'il s'agit bien dans les art. 406

---

(1) Cass., 29 nov. 1809; Rennes, 9 fév. 1813, et 31 août 1818; Cass., 23 mars 1819; Rejet, 4 janv. 1842; Cass., 11 mai 1842; Aix, 9 mai 1846; Nîmes, 2 mars 1818 (Dev., 42, I, 244 et 661; 46, II, 580; 48, II, 295).

et 407 de l'ouverture de la tutelle en général; en sorte qu'ils devraient s'appliquer à toute espèce de tuteurs. Mais il décide pourtant (sans en donner aucune raison de droit) que la règle devra se modifier, quand il s'agira des père, mère, ou autres ascendants; il ne distingue pas même si ces ascendants sont tuteurs légitimes ou tuteurs datifs. M. Zachariæ présente la même doctrine (I, § 94, p. 192).—M. Magnin (I, nos 70 à 78), sans laisser deviner sur quoi il s'appuie, dit que l'immutation du conseil a bien lieu pour les tuteurs légitimes comme pour les autres, mais seulement quand le conseil s'est réuni au moins une fois : tant qu'il n'y a pas eu séance, le tuteur légitime pourrait, selon lui, faire convoquer un nouveau conseil à son domicile actuel. M. Valette, trop judicieux pour tomber ainsi dans l'arbitraire, rejette ces exceptions et conditions sans base dans la loi, et décide (t. II, p. 314) que les art. 406 et 407 s'appliquent à toute tutelle, à tous tuteurs, sans restriction aucune. C'est aussi l'opinion de M. Duvergier et de M. Demolombe (VII, 348). — Au contraire, Toullier (II, 1114) et Delvincourt enseignent qu'il s'agit seulement de tutelles datives, et que le juge de paix devant lequel le conseil devra continuer d'être convoqué pendant toute la minorité est celui du lieu où s'est faite *la première nomination d'un tuteur*.

201. Ce principe posé par Delvincourt et Toullier, mais dont aucun d'eux n'indique les bases ni ne développe les conséquences, nous paraît être le vrai principe du Code. Le conseil de famille dont parlent les art. 405, 406 et 407, et qui doit, ainsi qu'on l'a dit plus haut, rester invariable jusqu'à la majorité ou l'émancipation, c'est, d'après le texte même de ces articles, le conseil convoqué pour pourvoir *à la nomination d'un tuteur* (art. 405) ; c'est *ce conseil* (convoqué pour une nomination) qui a pour président le *juge de paix du domicile du mineur* (art. 406). La loi, comme l'indique la rubrique de la section, ne s'occupe là que de la tutelle *déférée par le conseil de famille;* elle ne parle ni des tutelles légitimes, ni de la tutelle déférée par le père ou la mère. Et en effet, il y a, quant aux rapports du tuteur avec le conseil de famille, une grande différence entre les tutelles légitime ou testamentaire, et la tutelle dative; et cette différence explique parfaitement, selon nous, la théorie de la loi.

Dans le cas de tutelle dative proprement dite, le conseil de famille se constitue d'abord et trouve en lui le principe du droit de gestion qu'il délègue à l'homme de son choix. Le tuteur n'est alors que le mandataire, le commis, pour ainsi dire, du conseil de famille; comment donc pourrait-il, en allant prendre au loin un domicile nouveau, se rendre indépendant de ce conseil et lui enlever la puissance sur l'enfant? Comment sa mort, son excuse ou sa destitution pourraient-elles avoir pour résultat de dissoudre le premier conseil de famille et d'en faire constituer un dans un autre pays? Où le mandataire puiserait-il le pouvoir de briser les droits de son mandant et d'anéantir la puissance qui le fait lui-même ce qu'il est?... Donc, quand il y a eu, de la part d'un conseil de famille, une première nomination de tuteur,

c'est ce conseil qui reste compétent pour toute la fin de la tutelle : c'est de lui que le droit de tutelle est parti, c'est devant lui que doivent revenir toutes les opérations auxquelles cette tutelle donnera lieu.

Au contraire, dans les tutelles légitime et testamentaire, le tuteur existe avant le conseil et indépendamment de lui; ici, loin que le conseil crée le tuteur, c'est le tuteur qui fait créer le conseil (art. 421); il n'est pas le délégué de ce conseil, il a un droit à lui propre, qu'il tient de la loi même, ou du survivant des père et mère qui le lui a transmis sur la permission de la loi. Mais, puisqu'il est déjà tuteur et que le pupille a déjà son domicile chez lui avant même qu'un conseil de famille existe, c'est donc à son propre domicile, qui est celui de l'enfant, qu'il convoquera ce conseil; et si, plus tard, dans l'intérêt même de l'enfant peut-être, il croit devoir transporter ce domicile au loin, comme cela avait lieu dans l'hypothèse rapportée deux pages plus haut, il fera convoquer à son nouveau domicile un conseil de famille nouveau; si un second tuteur, légitime ou testamentaire, succède au premier tuteur légitime, c'est le domicile de ce tuteur nouveau qui réglera la formation du nouveau conseil de famille, et ainsi de suite jusqu'à ce qu'on arrive à un conseil de famille qui se trouve appelé à *nommer un tuteur*. Ce dernier conseil ne peut plus varier jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant.

Tout ceci est le résultat de cette double idée, que la tutelle dative émane du conseil de famille et se rattache nécessairement à lui, comme l'effet à sa cause (art. 405); tandis que, dans les tutelles légitime ou testamentaire, c'est le tuteur qui préexiste et qui entraîne après lui comme sa conséquence l'organisation du conseil (art. 421). Et ce résultat de la théorie juridique n'est-il pas d'accord avec la nature et le besoin des choses? N'est-il pas juste que les ascendants d'un enfant, notamment son père ou sa mère, comme aussi l'homme que leur tendresse leur fait choisir, soient, vis-à-vis du conseil de famille, dans une dépendance moins complète, moins gênante, qu'un tuteur qui n'est que l'homme de ce conseil et auquel le pupille peut être entièrement étranger? N'est-il pas juste que la loi donne plus de confiance aux premiers qu'au second? En changeant de domicile, les premiers se préoccuperont de l'intérêt de l'enfant; le second, le plus souvent, ne s'en inquiéterait guère. Voilà ce que la loi a dû présumer comme règle générale (1).

---

(1) La Cour de cassation n'est pas d'accord avec elle-même sur la question. Un arrêt du 4 janvier 1842 a jugé dans notre sens, sur les conclusions conformes de M. Delangle; et quatre mois plus tard (11 mai 1842), un arrêt de Besançon, appliquant le même principe, a été cassé, malgré les conclusions contraires de M. Hello! D'après ce dernier arrêt, il faudrait toujours revenir au premier domicile du pupille, même en cas de tutelle légitime (Dev., 42, I, 244 et 661). — *Voy.*, dans ce dernier sens, Aix, 9 mai 1846 (Dev., 46, II, 580); Cass., 4 mai 1846 (Dev., 46, I, 465); Cass., 17 déc. 1849 (Dev., 50, I, 299); Nancy, 1er juill. 1853 (Dev., 53, II, 558); Douai, 4 mars 1859 (Dev., 59, II, 346); Demolombe (VII, nº 249); *Dict. not.* (vº Conseil de famille, nº 21). — Jugé cependant que lorsque la tutelle fonctionnant régulièrement, il n'y a lieu à délibérer qu'à l'occasion d'un acte d'administration; par exemple, s'il s'agit seulement d'autoriser le subrogé tuteur à accepter une donation faite au mineur

IV. — 202. La loi ne prononçant nullité ni pour l'inobservation de l'ensemble des règles ci-dessus tracées, ni pour aucune d'elles en particulier (ce qui donnerait un point de comparaison pour les autres), il s'ensuit que les tribunaux ne seront *jamais forcés* d'admettre cette nullité; mais, d'un autre côté, le législateur n'ayant certainement pas eu la pensée de laisser ces règles sans sanction aucune, il s'ensuit que les tribunaux auront *toujours la faculté* d'annuler, en se décidant par les circonstances. Ils devront le faire, 1° quand la violation portera sur une règle tellement grave qu'il serait vrai de dire qu'il n'y a point de conseil de famille; 2° quand la violation, quelle qu'elle soit en elle-même, aura causé un grave préjudice au mineur (1).

411. — Le délai pour comparaître sera réglé par le juge de paix à jour fixe, mais de manière qu'il y ait toujours, entre la citation notifiée et le jour indiqué pour la réunion du conseil, un intervalle de trois jours au moins, quand toutes les parties citées résideront dans la commune, ou dans la distance de deux myriamètres.

Toutes les fois que, parmi les parties citées, il s'en trouvera de domiciliées au delà de cette distance, le délai sera augmenté d'un jour par trois myriamètres (2).

203. Il est assurément possible qu'en fixant le délai de trois jours, le législateur ait pensé que ce délai pourrait être utile au pupille, en donnant aux membres du conseil le temps de réfléchir à l'affaire sur laquelle il s'agit de prononcer. Mais telle n'est pas certainement la raison qui fait porter notre article; il est évident, par le contexte même de ses deux alinéa, que sa règle a pour objet de ne pas trop gêner ces membres dans leurs occupations, et que dès lors la réunion instantanée du conseil ne constituerait pas une irrégularité, pourvu que tous les membres fussent présents. Il n'est pas indispensable non plus que la convocation soit faite par une *citation,* une assignation par ministère d'huissier; elle peut se faire et se fait toujours verbalement ou par simple lettre; seulement, les parents ou amis ne seraient pas alors *tenus* de se rendre, comme l'exige l'article suivant, et le non-comparant n'encourrait pas l'amende prononcée par l'art. 413. Lors donc que le juge de paix connaîtra la mauvaise volonté de certains membres, il devra les convoquer en la forme légale et avec le délai légal.

---

par le tuteur, le conseil peut valablement être convoqué au lieu du nouveau domicile du tuteur, sauf aux tribunaux à apprécier si, par cette translation du domicile de la tutelle, les intérêts du mineur n'ont éprouvé aucun préjudice. Cass., 4 mai 1846 (Dev., 46, I, 465). *Conf.* Massé et Vergé (I, § 202, p. 394, note 4).

(1) *Voy.* Cass., 19 août 1850; 3 mars 1856; 1er avril 1856 (Dev., 50, I, 644; 56, I, 108; 56, I, 591); Cass., 19 juill. 1858 (58, I, 785); Bastia, 3 mars 1858 (Dev., 58, II, 241); *Dict. not.* (v° Conseil de famille, n° 35).

(2) Par *cinq* myriamètres. *Voy.* art. 1033 du Code de procédure civile (loi du 3 mai 1862).

412. — Les parents, alliés ou amis, ainsi convoqués, seront tenus de se rendre en personne, ou de se faire représenter par un mandataire spécial.

Le fondé de pouvoir ne peut représenter plus d'une personne.

204. On conçoit que, s'il était permis de prendre un seul fondé de pouvoir pour plusieurs membres, les intérêts du mineur seraient moins discutés. D'ailleurs, il n'y aurait pas de raison pour que le même procureur ne représentât pas le conseil tout entier!

413. — Tout parent, allié ou ami, convoqué, et qui, sans excuse légitime, ne comparaîtra point, encourra une amende qui ne pourra excéder cinquante francs, et sera prononcée sans appel par le juge de paix.

205. Si, par une lettre que le non-comparant a fait parvenir au juge de paix, ou par les renseignements que donne un autre membre, ou par toute autre voie, ce magistrat sait que le non-comparant a une juste cause d'excuse, il ne devra pas prononcer l'amende. Que si, la cause d'excuse existant réellement mais n'étant pas connue, l'amende a été prononcée, le non-comparant aura encore un moyen de faire révoquer la sentence. En effet, la condamnation ayant eu lieu par défaut, il pourra l'attaquer par voie d'opposition (C. proc., art. 19 à 22). Quant à l'appel, notre article déclare qu'il n'est jamais permis.

La loi n'ayant déterminé que le maximum de l'amende, le juge de paix reste libre de la rendre aussi légère qu'il voudra.

414. — S'il y a excuse suffisante, et qu'il convienne, soit d'attendre le membre absent, soit de le remplacer; en ce cas, comme en tout autre où l'intérêt du mineur semblera l'exiger, le juge de paix pourra ajourner l'assemblée ou la proroger.

206. Quand un seul des six membres convoqués ne comparaît pas, le juge de paix peut passer outre et ouvrir la délibération; car la loi, comme on va le voir par l'article suivant, n'exige pas la présence de tous les membres. Mais s'il juge à propos de ne délibérer que quand les six membres seront réunis, il peut attendre que le membre absent soit en état de se présenter; ou, si la cause de l'excuse est de nature à produire un trop long retard, le remplacer par un autre parent ou allié, ou un ami, d'après les règles indiquées plus haut. Quand le juge prend ainsi le parti d'attendre ou de remplacer le membre absent, il s'ensuit l'ajournement ou la prorogation de l'assemblée.

La *prorogation* est un renvoi à jour et heure déterminés, lequel dès lors ne donne pas lieu à nouvelle convocation; l'*ajournement* est une remise indéterminée, qui rend indispensable une convocation nouvelle.

Cette faculté d'ajourner ou de proroger l'assemblée n'existe pas pour

ce cas seulement; elle est donnée au juge de paix d'une manière absolue. Ainsi, lorsque les membres du conseil lui paraissent n'avoir pas suffisamment réfléchi à l'affaire, que la décision lui paraît manquer d'éléments nécessaires; en un mot, toutes les fois que l'intérêt du mineur l'exige, il peut prononcer la remise.

415. — Cette assemblée se tiendra de plein droit chez le juge de paix, à moins qu'il ne désigne lui-même un autre local. La présence des trois quarts au moins de ses membres convoqués sera nécessaire pour qu'elle délibère.

207. La loi exige, pour la délibération, la présence des trois quarts des membres *convoqués*. Ceci ne signifie pas, bien entendu, que le juge de paix pourrait ne convoquer qu'une partie des membres, quatre au lieu de six dont le conseil se compose, et que les trois quarts des quatre membres convoqués pourraient délibérer; la loi veut que tous les membres soient appelés, et c'est les trois quarts de la totalité qu'elle exige. Le mot *convoqués* a été ajouté à la rédaction primitive, sur la demande du Tribunat, pour désigner les membres autres que le juge de paix, lequel convoque et n'est jamais *convoqué* (Fenet, t. X, p. 611). Il faut donc les trois quarts des membres autres que le juge de paix; en sorte que, si le conseil se composait de sept frères germains ou maris de sœurs germaines, plus le juge de paix qui ferait huit, il ne suffirait pas des trois quarts de huit, ou six; il faudrait les *trois quarts au moins* des sept membres convoqués, ce qui donne déjà six, plus le juge de paix qui ferait sept. Nous disons que, pour avoir les *trois quarts au moins* des sept membres convoqués, il en faudrait six. Cinq en effet ne suffiraient pas, puisque les trois quarts de sept sont cinq et un quart.

416. — Le conseil de famille sera présidé par le juge de paix, qui y aura voix délibérative, et prépondérante en cas de partage.

SOMMAIRE.

I. En principe, la délibération ne peut être prise qu'à la majorité absolue. — Erreur de Toullier, Proudhon et M. Zachariæ. — Moyens d'obtenir cette majorité.
II. Cas où il faut se contenter de la majorité relative. Critique de la doctrine de M. Duranton.

I. — 208. La voix du juge de paix ne compte jamais pour deux; elle est seulement prépondérante en cas de partage, c'est-à-dire qu'elle emporte décision dans le cas d'opinions contradictoires comptant chacune un même nombre de voix. Ainsi, dans l'hypothèse ci-dessus prévue des sept frères germains, si quatre d'entre eux adoptent une opinion, et que l'opinion contraire rallie les trois autres voix et celle du juge de paix, il y aura décision dans le second sens.

Mais en serait-il de même si, le nombre des membres présents étant de six ou de neuf, il se formait, non plus deux, mais trois opinions, comptant chacune un nombre égal de voix? Cette question rentre dans

une autre sur laquelle le Code est entièrement muet et qui divise les auteurs, celle de savoir si la délibération d'un conseil de famille peut être prise à la simple majorité relative, ou s'il faut la majorité absolue, c'est-à-dire plus de la moitié des voix (1).

Nous tenons pour la nécessité de la majorité absolue, par ces deux motifs : 1° qu'en règle générale, la loi exige la majorité absolue dans toutes les assemblées délibérantes, et ne se contente d'une majorité relative que par exception et dans certains cas qu'elle a soin d'indiquer; 2° que le seul moyen de ne pas tomber dans l'arbitraire est d'appliquer ici, par analogie, les règles que la loi trace, pour les décisions à prendre par les tribunaux, dans les art. 117 et 118 du Code de procédure, lesquelles demandent également la majorité absolue.

Ces deux art. 117 et 118 nous donneront la solution de la plupart des difficultés qui peuvent se présenter ici. En effet, l'art. 117 veut que, s'il se forme plus de deux opinions, les voix plus faibles en nombre soient tenues de se réunir à l'une des deux opinions qui en ont obtenu le plus : donc, si l'on a *trois* voix pour A, *trois* pour B, une pour C ; ou bien *trois* pour A, *deux* pour B, une pour C et une pour D ; ou bien encore, *deux* pour A, *deux* pour B, une pour C, une pour D et une pour E, chacune des voix qui s'étaient d'abord portées sur C, D, E, sera obligée de se reporter sur A ou sur B. — L'art. 118, à son tour, déclare que, quand il y aura partage, on adjoindra au tribunal un membre nouveau pour le départager. Cette seconde règle n'aura pas d'application ici pour le cas de partage, puisqu'elle ne peut donner la majorité absolue que dans un partage par moitié entre *deux* opinions (2), et que, pour ce cas, nous avons la prépondérance du juge de paix ; mais elle peut être utile, et il faudrait, dès lors, l'appliquer dans un autre cas, celui où il n'y aurait ni partage en portions égales, ni deux opinions plus nombreuses que les autres, sur l'une desquelles on pût se reporter. Ainsi, trois voix pour A, deux pour B, deux aussi pour C ; ou bien, deux voix pour un premier avis, puis les cinq autres tombant sur cinq avis distincts : il n'y a pas alors deux opinions plus nombreuses entre lesquelles on puisse choisir, et dès lors la règle de l'art. 117 ne peut pas s'appliquer. C'est donc le cas, pour le juge de paix, d'appeler, conformément à l'art. 118, un nouveau parent, ami ou allié, dont l'adjonction puisse donner lieu à deux opinions plus nombreuses, sur l'une desquelles les voix devront ensuite se reporter.

II. — 209. Il reste encore une difficulté, pour laquelle les règles des

---

(1) *Abs.* Delvincourt, Duranton (III, 466); Valette (I, p. 323); Duvergier (sur Toullier, II, 1121); Ducaurroy (I, 614); Demolombe (VII, 313 à 317); Metz, 16 fév. 1813; Aix, 10 mars 1840 (Dev., 40, II, 346). — *Relat.* Proudhon, Toullier, Chardon (III, 291); Zachariæ (I, p. 195); *Dict. not.* (v° Conseil de famille, n° 45).

(2) Il est clair que l'adjonction d'un nouveau membre, quand le partage présente *trois* ou *quatre* opinions égales en voix, ne pourrait conduire ni directement ni indirectement à une majorité absolue; car celle des opinions à laquelle la voix nouvelle se réunirait resterait moins nombreuse que les deux autres réunies, et n'aurait pas, dès lors, la majorité absolue; d'un autre côté, cette nouvelle voix ne pouvant augmenter qu'une opinion, il n'y aurait jamais deux opinions plus nombreuses entre lesquelles les autres voix pussent être forcées de choisir.

art. 117 et 118 sont sans aucune utilité. C'est dans le cas où il existerait trois opinions ou plus, dont chacune présenterait un même nombre de voix, ou bien (ce qui serait encore possible après l'adjonction d'un membre nouveau), une seule opinion plus nombreuse que les autres, mais qui n'a pas encore la majorité absolue : ainsi, trois ou quatre avis présentant chacun deux ou trois voix ; ou bien, un avis présentant deux ou trois voix, puis cinq autres avis d'une seule voix chacun. Alors, comme il ne resterait aucune espèce de moyen d'arriver à la majorité absolue, force serait bien de se contenter d'une majorité relative, c'est-à-dire d'adopter l'avis qui a plus de voix que chacun des autres pris en particulier. Ainsi, un conseil composé de huit membres se partage en quatre avis ayant deux voix chacun ; on appellera un nouveau membre par le vote duquel l'une des quatre opinions se trouvera avoir trois voix, et cette opinion l'emportera par la majorité relative ; car quel moyen d'arriver à une majorité absolue?... De même, un conseil composé de sept membres, comme il arrive le plus souvent, présente une opinion qui a deux voix, et cinq autres d'une voix chacune ; on appelle un membre nouveau. Ce membre, au lieu d'adopter une des cinq dernières opinions (ce qui donnerait deux opinions plus nombreuses, à l'une ou à l'autre desquelles les autres voix devraient se réunir, en sorte qu'on arriverait à la majorité absolue), ce membre se joint à la première opinion, et on a ainsi une opinion de trois voix et cinq d'une voix chacune ; la première l'emportera, parce qu'il ne reste aucun moyen d'arriver à une majorité absolue.

209 *bis*. De ce que nous avons cité M. Duranton, M. Valette, M. Demolombe, etc., comme étant du même sentiment que nous sur la nécessité de la majorité absolue, il ne faudrait pas conclure que la doctrine que nous venons d'exposer soit la leur. D'abord, c'est sans exception ni restriction que ces auteurs exigent cette majorité absolue ; or, nous avons vu des cas où elle est entièrement impossible. Ensuite, et pour ce qui touche en particulier M. Duranton, son système nous paraît complétement inadmissible. Qu'on en juge par ces deux observations : 1° M. Duranton n'admet pas l'analogie des art. 117 et 118 du Code de procédure, et il ne veut pas que, dans le cas de deux opinions plus nombreuses, les autres voix soient tenues de se reporter sur l'une d'elles. Or, ce système, on le comprend, ajoute une nouvelle difficulté à celles que nous avons rencontrées, et la doctrine d'une majorité absolue *toujours* nécessaire en ajoute encore une autre. Eh bien, malgré ces circonstances, le savant professeur ne s'occupe que d'*une* seule difficulté, celle qu'engendre cette inapplication de l'art. 117 ; quant aux autres, il n'en dit pas un mot! 2° Il n'est pas plus heureux dans le moyen qu'il imagine pour résoudre cette difficulté *unique*. Ce moyen d'arriver à une majorité *absolue* quand il y a deux opinions plus nombreuses que les autres, c'est, selon lui, d'appeler un nouveau membre. Mais à quoi donc ce nouveau membre servira-t-il? Par exemple, sur sept voix, deux sont pour A, deux pour B, et les trois autres frappent sur trois objets distincts ; appelez un nouveau membre : vous aurez

toujours cinq opinions divisant les huit voix totales en *trois,* deux, une, une et une ; or, *trois* est bien loin de donner la majorité absolue de *huit.* Ainsi, les vraies difficultés de la question, M. Duranton ne les aperçoit pas ; celle que l'analogie de l'art. 117 fait disparaître est précisément la seule qui l'embarrasse, et cette difficulté, qu'il appelle *unique,* et qui n'en est pas une, il ne la résout même pas... Il critique avec raison le système de Toullier, d'après lequel, quand toutes les voix sont isolées, un tuteur pourrait se trouver nommé par la seule voix du juge de paix ; mais comme il n'admet *jamais* de majorité relative, et ne veut pas qu'au moyen de l'appel d'un nouveau membre ce tuteur soit nommé par deux voix, son système conduira tout droit à ne nommer personne! MM. Ducaurroy et Demolombe, qui ne veulent jamais non plus de majorité relative, enseignent qu'on devra s'adresser au tribunal, qui pourrait au besoin ordonner la formation d'un nouveau conseil de famille. Mais, outre qu'il nous paraît par trop arbitraire et illégal de casser ainsi un conseil de famille, ne voit-on pas qu'un nouveau conseil pourrait être divisé comme le premier, et ne pas arriver davantage à la majorité absolue?

Au reste, toutes les fois qu'une délibération a été prise autrement qu'à l'unanimité, le tuteur ou subrogé tuteur (ou le curateur), et aussi les membres qui n'ont pas été d'avis de la délibération, peuvent l'attaquer devant le tribunal civil, et ensuite en appel devant la Cour; car tout jugement sur délibération de famille est sujet à appel (C. pr., articles 883 et 889).

417. — Quand le mineur, domicilié en France, possédera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration spéciale de ces biens sera donnée à un protuteur.

En ce cas, le tuteur et le protuteur seront indépendants, et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective.

SOMMAIRE.

I. Il ne peut jamais exister deux tuteurs. — Le protuteur est nommé au domicile du tuteur. — Il est dépendant du conseil de famille. — Il n'existe pas dans la tutelle légitime.

II. Il peut être nommé par l'époux survivant, tuteur légitime. — Il subit l'hypothèque légale et un subrogé protuteur.

I. — 210. Notre Code a proscrit le système, admis à Rome, de la pluralité des tuteurs; c'est à un seul ascendant qu'il confie la tutelle légitime, alors même qu'il s'en trouve deux présentant les mêmes titres (art. 404) ; c'est *un tuteur* seulement que le survivant des père et mère peut désigner par acte de dernière volonté (art. 397); c'est *un tuteur* seulement aussi que le conseil de famille doit nommer (art. 405) (1).

(1) Jugé cependant que la tutelle peut être divisée entre un tuteur à la personne et un tuteur aux biens. Dijon, 14 mai 1862 (Dev., 62, II, 449); Cass., 14 déc. 1863 (Dev., 64, I, 121).

Cependant, lorsque le mineur, domicilié en France, possède des biens aux colonies, ou que l'enfant, domicilié aux colonies, a des biens en France, le conseil de famille du lieu où il est domicilié doit lui nommer en même temps un tuteur pour ce même lieu et un protuteur pour l'autre (1).

Nous disons que c'est au lieu du domicile qu'est nommé le protuteur ; car la place seule qu'occupe notre article indique assez qu'il s'agit d'une nomination à faire par le conseil de famille, et ce conseil est au domicile du mineur. D'ailleurs, le projet de notre article portait que le protuteur serait nommé par les parents ou amis du lieu de la situation des biens ; mais, sur la proposition de MM. Tronchet et Cambacérès, cette règle fut rejetée au conseil d'État, et l'article rédigé tel que nous l'avons (Fenet, t. X, p. 555 et 582).

Un autre changement fut fait en même temps au projet de notre article. Il portait que le tuteur *pourrait* faire nommer un protuteur, tandis que l'article dit qu'il en *sera* nommé un, ce qui change la faculté accordée au tuteur en obligation imposée au conseil, pour la meilleure administration des biens de l'enfant. C'est aussi dans ce sens que l'article a été interprété par le Tribunat (*ibid.*, p. 657).

Ce protuteur est indépendant du *tuteur;* mais il ne l'est pas, bien entendu, du conseil de famille qui l'a nommé, lequel, dès lors, peut l'obliger à fournir des états de situation (art. 478) et à faire passer au tuteur la totalité des revenus, ou telle fraction déterminée, avec autorisation de faire lui-même l'emploi du reste. Il en était ainsi dans l'ancienne jurisprudence, d'après l'ordonnance du 1er février 1743 (2).

Cette même ordonnance déclarait qu'il n'y avait pas lieu à protutelle dans le cas de tutelle légitime. Le Code nous présente la même théorie, par la place même qu'occupe notre article, puisqu'il ne nous parle de protuteur que dans le cas de tutelle dative. C'est qu'en effet, la position du tuteur légitime, et la source, supérieure au conseil de famille, dont lui vient son autorité, ne permettent pas que ce conseil lui enlève une fraction de cette autorité pour la confier à un autre. Si donc le pupille en tutelle légitime est domicilié en France et possède des biens aux colonies, ou réciproquement, le tuteur, autre que le survivant des père et mère, pourra se faire autoriser par le conseil de famille à mettre les biens d'outre-mer sous la direction d'un administrateur salarié gérant sous sa responsabilité ; que si le tuteur légitime était le survivant des père et mère, comme il est usufruitier des biens de l'enfant, et que c'est pour son compte que s'exerce l'administration, c'est de ses deniers que cet administrateur devrait être payé, et il pourrait dès lors en choisir un sans avoir besoin d'aucune autorisation du conseil (art. 454).

II. — 211. Au surplus, puisque c'est le droit de nommer le tuteur qui emporte celui de nommer un protuteur quand il en est besoin, il

---

(1) Conf. *Dict. not.* (vo Tutelle, no 113).
(2) Voir le texte de cette ordonnance dans le CODE TRIPIER.

en faut conclure que le survivant des époux, tuteur légitime, pourrait, dans le cas de notre article, laisser à l'enfant un protuteur en même temps qu'un tuteur.

Le droit de nomination du protuteur étant l'accessoire, ou plutôt faisant partie intégrante du droit de nomination du tuteur, il ne peut donc pas exister là où le second n'existe pas, et il s'éteint avec lui. Si donc, après la nomination, faite par le survivant, d'un tuteur et d'un protuteur, le tuteur mourait, ou était excusé, exclu, etc., la protutelle testamentaire cesserait par là même, et le conseil de famille, en recevant le droit de nommer à la tutelle, aurait à remplacer le protuteur ; que si, au contraire, c'était le protuteur qui mourût ou fût excusé, etc., le droit de nomination n'étant pas encore passé au conseil, on se trouverait sans protuteur possible tant que continuerait la gestion du tuteur testamentaire, et il y aurait lieu seulement, pour le conseil, d'accorder au tuteur un administrateur salarié.

Dans tous les cas, le protuteur, qui n'a pas à s'occuper de la personne comme le tuteur (art. 450), ayant le même droit d'administration quant aux biens à lui confiés, et étant vraiment tuteur quant à eux, devra donc recevoir un protuteur subrogé, et sera frappé de l'hypothèque légale (1).

M. Magnin (t. I, n° 494) n'est pas de notre sentiment, et veut qu'il n'y ait qu'un seul subrogé tuteur. Mais la *protutelle* est une *tutelle* secondaire ; or, dans toute tutelle (art. 420), il faut un subrogé tuteur : ceci ne peut pas être douteux en face de la règle qui veut que la protutelle soit distincte et *indépendante* de la tutelle du domicile. Comment voudrait-on, en effet, qu'un subrogé tuteur résidant en France surveillât les opérations d'un protuteur des colonies? Aussi, sous l'ordonnance de 1745 exigeait-on deux subrogés tuteurs.

418. — Le tuteur agira et administrera, en cette qualité, du jour de sa nomination, si elle a lieu en sa présence; sinon, du jour qu'elle lui aura été notifiée.

212. Il ne s'agit encore ici que de la tutelle déférée par la famille. On voit que la délibération relative à cet objet s'exécute sans aucune homologation du tribunal. 1° Si le tuteur était présent à la nomination, il entre de suite en fonctions, et, par conséquent, se trouve à l'instant même responsable et soumis à l'hypothèque légale ; 2° s'il n'était pas là, sa qualité de tuteur et les effets qu'elle entraîne ne se réalisent que par la notification qui lui est faite. Cette notification ne se fait pas par ministère d'huissier ; le conseil de famille en charge l'un de ses membres, qui doit la faire dans les trois jours de la délibération, outre un jour par trois myriamètres de distance entre le lieu où s'est tenue l'assemblée et le domicile du tuteur (C. pr., art. 882). Si le membre désigné pour faire la notification ne s'en acquittait pas dans le délai voulu

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Hypothèque, n° 236).

par la loi, il serait responsable du préjudice que le retard aurait pu causer au mineur.

La loi ne parle pas des deux autres classes de tuteurs. Le tuteur testamentaire devient responsable du jour de l'ouverture du testament, s'il y est présent; sinon, du jour où ce testament lui est notifié. Le tuteur légitime l'est du jour où il apprend la mort qui lui défère la tutelle.

419. — La tutelle est une charge personnelle qui ne passe point aux héritiers du tuteur. Ceux-ci seront seulement responsables de la gestion de leur auteur; et, s'ils sont majeurs, ils seront tenus de la continuer jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur.

213. Cet article nous indique trois idées, dont deux sont des conséquences des principes généraux, tandis que la troisième n'existerait pas si elle n'était expressément écrite dans le Code.

La tutelle étant nécessairement une fonction toute personnelle à celui à qui la loi ou la volonté de l'homme l'a déférée, il est clair qu'elle ne saurait passer à ses héritiers; on n'hérite pas plus de la charge de tuteur que du titre de conseiller de Cour d'appel. Seulement, et bien entendu, les héritiers du tuteur succèdent à toutes les obligations dont celui-ci, au moment de sa mort, était déjà frappé par suite de sa gestion. Mais, en outre, et en dehors des principes, les héritiers du tuteur sont tenus, après qu'ils auront fait connaître sa mort au subrogé tuteur (art. 425), ce qu'ils doivent faire au plus tôt, de prendre soin des affaires du mineur, jusqu'à ce qu'un nouveau tuteur soit nommé. Il est évident, du reste, que, n'étant pas tuteurs, ils n'auraient pas capacité pour tous les actes que leur auteur aurait pu faire; les mesures de précaution, les divers actes d'entretien et de conservation qu'on peut faire sans aucun caractère légal, sont les seuls que notre article leur impose; les autres ne leur seraient pas même permis.

Il est palpable que ce devoir n'existe que pour les héritiers qui se trouvent en état de le remplir. Ainsi, ceux qui seraient mineurs, interdits, éloignés du pays, atteints d'une maladie qui les empêche de penser à leurs propres affaires, etc., ne sont pas soumis à cette règle : par héritiers *majeurs,* le Code entend évidemment héritiers capables d'agir. Ce point ne peut faire question pour personne.

SECTION V.

DU SUBROGÉ TUTEUR.

420. — Dans toute tutelle, il y aura un subrogé tuteur, nommé par le conseil de famille.

Ses fonctions consisteront à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur.

214. Le subrogé tuteur, en outre du droit que la loi lui confie de

surveiller les opérations du tuteur, afin de provoquer sa destitution si les circonstances l'exigent (art. 446), se trouve nommé par notre article, à l'avance et une fois pour toutes, tuteur *ad hoc* pour chacune des affaires dans lesquelles l'intérêt personnel du tuteur l'empêcherait de représenter le mineur. (*Voy.* art. 450, alin. 3.)

Ce subrogé tuteur, qui est toujours datif, aux termes de notre article, doit, d'après ce même article, exister dans toute tutelle ; mais, bien entendu, il ne s'agit que des diverses espèces de tutelle ordinaire, de tutelle proprement dite. Ainsi, il n'existera pas dans le cas de tuteurs *ad hoc,* ni dans la tutelle officieuse qui ne serait que tutelle officieuse. (*Voy.* art. 370.)

421. — Lorsque les fonctions du tuteur seront dévolues à une personne de l'une des qualités exprimées aux sections I, II et III du présent chapitre, ce tuteur devra, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer, pour la nomination du subrogé tuteur, un conseil de famille composé comme il est dit dans la section IV.

S'il s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir rempli cette formalité, le conseil de famille, convoqué, soit sur la réquisition des parents, créanciers ou autres parties intéressées, soit d'office par le juge de paix, pourra, s'il y a eu dol de la part du tuteur, lui retirer la tutelle, sans préjudice des indemnités dues au mineur.

215. Qu'il y ait ou non dol de la part du tuteur, il serait toujours tenu d'indemniser le pupille du préjudice que son retard aurait pu lui causer. Mais quand il y a eu dol, quand c'est à dessein qu'il n'a pas convoqué le conseil, ce conseil (convoqué, comme dans le cas de tutelle dative, sur la réquisition de quelque partie intéressée, ou d'office par le juge de paix, conformément à l'art. 406) peut le destituer. Il le peut, mais il n'y est pas tenu : l'art. 444, dont le nôtre n'est, sous ce rapport, qu'une application particulière, ne déclare pas destitués de plein droit, mais seulement *destituables* au gré du conseil de famille, les tuteurs auxquels on impute quelque infidélité; notre article dit aussi que le conseil *pourra* retirer la tutelle. Et en effet, si le dol du tuteur consistait à n'avoir pas convoqué le conseil dans le but, précisément, de se faire écarter d'une tutelle pour laquelle il n'avait pas d'excuse, on concevrait très-bien que le conseil se gardât de le destituer.

422. — Dans les autres tutelles, la nomination du subrogé tuteur aura lieu immédiatement après celle du tuteur.

423. — En aucun cas le tuteur ne votera pour la nomination du subrogé tuteur, lequel sera pris, hors le cas de frères germains, dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point.

SOMMAIRE.

I. Deux parents ou alliés ne peuvent pas être tuteur et subrogé tuteur, à l'exception des frères et beaux-frères germains. Étrange erreur d'un arrêt.
II. Hors deux cas, le tuteur, s'il est d'ailleurs membre du conseil, peut voter malgré sa qualité. — Le subrogé tuteur le peut toujours sous la même condition.

I. — 216. La première règle de notre article, savoir, que le tuteur ne doit jamais voter pour la nomination du subrogé tuteur, repose sur un motif qui se comprend facilement; elle est d'ailleurs absolue et ne peut présenter aucune difficulté dans son application.

Il n'en est pas ainsi de la seconde, laquelle, d'abord, ne peut recevoir son application que par la réunion des deux circonstances que la rédaction de l'article suppose exister toutes deux, mais qui pourraient bien n'exister ni l'une ni l'autre. La loi suppose que le tuteur est un parent, et que c'est aussi un parent que le conseil veut choisir pour subrogé tuteur. C'est dans cette hypothèse que la loi déclare que ce dernier ne peut être choisi dans la ligne à laquelle le tuteur appartient. Or, cette règle n'est pas sans difficulté et demande quelques observations.

Et d'abord, il est évident que la règle serait la même si c'était le subrogé tuteur qui existât et qu'il s'agît de nommer un tuteur en remplacement de celui que la mort, une excuse ou une destitution vient d'enlever. Ce tuteur ne pourrait pas être pris dans la ligne à laquelle appartiendrait le subrogé tuteur. La pensée de la loi est que le tuteur et le subrogé tuteur, étant deux fonctionnaires dont le second doit surveiller le premier, ils ne doivent pas appartenir tous deux à la même ligne de parenté. Ainsi, quand l'un est parent paternel, il faut que l'autre soit un parent maternel ou bien un étranger.

Nous disons *ou un étranger*. Car le conseil peut toujours nommer un étranger, alors même qu'il y a de nombreux parents dans les deux lignes. Aucun article du Code n'enjoint de choisir un des parents, soit pour tuteur datif, soit pour subrogé tuteur; le conseil a toute latitude. Quand notre article dit que le subrogé tuteur sera pris dans la ligne à laquelle le tuteur n'appartient pas, il ne parle point par opposition aux étrangers, mais par opposition à la ligne du tuteur. En effet, 1° si le législateur tenait à ce que le subrogé tuteur fût parent, il tiendrait de même, et à plus forte raison, à ce que le tuteur (datif) le fût aussi : or, l'art. 405 n'en dit pas un mot. 2° Si notre article devait s'entendre de l'exclusion des étrangers, il s'ensuivrait cette idée ridicule, que les étrangers, exclus en général, ne le seraient plus quand le tuteur serait un frère germain, puisque les mots *hors le cas de frères germains* feraient toujours exception à la règle. 3° Notre article, avant de supposer que le subrogé tuteur va être un parent (ce qui sera, en effet, le cas le plus ordinaire), commence par supposer que le tuteur, quel qu'il soit, est parent aussi; or, l'art. 397 déclare expressément que le tuteur testamentaire peut être parent ou étranger : il n'y a donc là qu'une simple supposition, et non point une prescription. Il est étrange, dès lors, que

la Cour de Bordeaux ait annulé (20 août 1811), pour prétendue contravention à notre article, la délibération d'un conseil, parce qu'après avoir nommé un parent paternel pour tuteur, il avait choisi un étranger pour subrogé tuteur; et qu'un plus récent arrêt d'Aix (15 novembre 1843 : Dev. 44, 2, 255) ait cru ne pouvoir éviter ce résultat que par ce prétexte, qu'il ne s'agit pas d'une disposition *prescrite à peine de nullité*. Notre article, en définitive, ne signifie pas que le fonctionnaire qu'il s'agit de nommer *doit être pris dans la ligne à laquelle l'autre n'appartient pas;* mais bien *qu'il ne doit pas être pris dans la ligne à laquelle l'autre appartient* (1).

217. La règle que les deux fonctionnaires ne doivent pas être pris dans la même ligne souffre exception dans le cas de *frères germains,* c'est-à-dire quand le tuteur et le subrogé tuteur ont l'un et l'autre cette qualité. Alors, en effet, 1° le fonctionnaire déjà existant se trouvant parent dans les deux lignes à la fois, il faudrait donc se priver de prendre aucun parent; 2° le second fonctionnaire devant être un frère du mineur comme le premier, il n'y a pas lieu de craindre que le subrogé tuteur sacrifie au tuteur, parce qu'il est son frère, les intérêts de son pupille, qui est son frère aussi; puis, cette qualité de frère donne plus de confiance dans le tuteur lui-même.

Cette seconde cause de l'exception fait assez comprendre qu'elle ne pourrait pas être étendue, au delà des termes de la loi, à tous les cas où les deux fonctionnaires seraient parents dans les deux lignes à la fois. Ainsi, s'il se trouvait (ce qui arrive quelquefois) que deux membres de la famille de l'enfant fussent ses cousins et dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle, ce ne serait pas une raison pour qu'ils pussent être tuteur et subrogé tuteur; du moment que ce ne sont pas deux frères germains, la loi ne trouve plus la même garantie : la première cause de l'exception existe bien, mais la seconde n'existe plus. Nous ne sommes ici ni dans les termes ni dans l'esprit du Code. On reste donc dans la règle qui défend que le tuteur et le subrogé tuteur soient parents entre eux.

Et notons bien que c'est seulement quand les deux fonctionnaires sont frères germains *l'un et l'autre,* que l'exception a lieu : ainsi le veut l'esprit de la loi et aussi son texte, puisqu'elle réserve seulement le cas, non pas d'un *frère germain,* mais de *frères germains.* Si donc le fonctionnaire existant était frère germain, mais qu'il n'y eût pas un second frère germain auquel on pût attribuer la seconde fonction, on ne pourrait choisir qu'un étranger, le premier fonctionnaire étant parent dans les deux lignes.

Au reste, sous le nom de frères germains nous comprenons, et l'article comprend certainement les frères par alliance, c'est-à-dire les maris des sœurs germains; deux d'entre eux pourront toujours être tuteur et subrogé tuteur, ou l'un d'eux remplir l'une des deux fonc-

---

(1) Toullier (II, 1132); Valette (II, 300); Ducaurroy (I, 622); Demolombe (VII, 368).

tions pendant qu'un frère germain exercerait l'autre. En effet, il faut bien admettre l'une de ces deux choses, ou que la loi tient compte de l'alliance, ou qu'elle entend ne s'occuper que de la parenté proprement dite. Or, si elle tient compte de l'alliance, il s'ensuit bien que deux alliés sont en général incapables de remplir simultanément les fonctions de tuteur et de subrogé tuteur ; mais il s'ensuit aussi que ceux qui, par alliance, ont la qualité de frères germains sont dispensés de la règle. Que si l'on tient que la loi ne compte que la parenté, alors les beaux-frères ne sont plus, à la vérité, dans l'exception qui admet; mais ils n'en ont pas besoin, puisqu'ils ne sont plus dans la règle qui repousse.

Pour eux, donc, il devient indifférent de savoir quelle est ici la pensée de la loi quant à l'alliance. Mais il n'en est pas de même pour les autres alliés; il importe pour eux de savoir si la règle les atteint. Or, l'affirmative nous paraît certaine. En effet, notre article ne parle pas des *parents,* mais des membres d'une même *ligne;* or, les art. 407, 408 et 409 classent comme membres de chaque ligne les parents et les alliés du pupille.

On comprend que si le conseil de famille tenait à conférer telle fonction à un parent ou allié de la ligne à laquelle appartient actuellement l'autre fonctionnaire, il le pourrait très-bien, en remplaçant d'abord ce dernier par un membre de l'autre ligne ou par un étranger.

II. — 218. Nous avons dit que la première règle de notre article, qui défend au tuteur de voter pour la nomination du subrogé tuteur, ne donne lieu en elle-même à aucune observation. Mais elle indique, par *à contrario,* une idée qui mérite d'être remarquée : c'est qu'en règle générale, le tuteur peut voter comme tout autre membre du conseil, pourvu, bien entendu, qu'il en soit membre lui-même. Deux cas seulement sont exceptés : celui de notre article, puis réciproquement les délibérations portant sur les excuses, exclusions ou destitutions de subrogé tuteur.

Quant au subrogé tuteur, pourvu également qu'il soit membre du conseil, il peut voter, dans quelque circonstance que ce soit; aucune restriction n'est posée à son droit.

424. — Le subrogé tuteur ne remplacera pas de plein droit le tuteur, lorsque la tutelle deviendra vacante, ou qu'elle sera abandonnée par absence; mais il devra, en ce cas, sous peine des dommages-intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur.

425. — Les fonctions du subrogé tuteur cesseront à la même époque que la tutelle.

219. Cet article n'entend pas parler de tout événement opérant changement de tuteur; mais bien de la fin de la tutelle en général, c'est-à-dire de la mort, de la majorité ou de l'émancipation du mineur. La

preuve en est écrite dans l'article précédent, qui attribue au subrogé tuteur, dans toute vacance de tutelle, le soin de faire nommer le nouveau tuteur; si la vacance de la tutelle donne précisément lieu à l'exercice d'une des fonctions du subrogé tuteur, elle ne brise donc pas sa qualité.

426. — Les dispositions contenues dans les sections VI et VII du présent chapitre, s'appliqueront aux subrogés tuteurs.

Néanmoins le tuteur ne pourra provoquer la destitution du subrogé tuteur, ni voter dans les conseils de famille qui seront convoqués pour cet objet.

220. Les règles de la section VI, relatives aux excuses de la tutelle, et celles de la section VII, concernant les exclusions et destitutions, sont communes aux tuteurs et aux subrogés tuteurs, sauf ce seul point : le tuteur ne peut pas plus voter au conseil de famille, quand il s'agit d'écarter le subrogé tuteur, que quand il s'agit de le nommer; il serait trop à craindre que son suffrage ne fût pas désintéressé.

SECTION VI.

DES CAUSES QUI DISPENSENT DE LA TUTELLE.

427. — Sont dispensés de la tutelle,

Les personnes désignées dans les titres III, V, VI, VIII, IX, X et XI de l'acte du 18 mai 1804;

Les présidents et conseillers à la Cour de cassation, le procureur général et les avocats généraux en la même Cour;

Les préfets;

Tous citoyens exerçant une fonction publique dans un département autre que celui où la tutelle s'établit.

428. — Sont également dispensés de la tutelle,

Les militaires en activité de service, et tous autres citoyens qui remplissent, hors du territoire de l'empire, une mission du gouvernement.

429. — Si la mission est non authentique, et contestée, la dispense ne sera prononcée qu'après la représentation faite par le réclamant, du certificat du ministre dans le département duquel se placera la mission articulée comme excuse.

430. — Les citoyens de la qualité exprimée aux articles précédents, qui ont accepté la tutelle postérieurement aux fonctions, services ou missions qui en dispensent, ne seront plus admis à s'en faire décharger pour cette cause.

431. — Ceux, au contraire, à qui lesdites fonctions, services ou missions, auront été conférés postérieurement à l'acceptation et gestion d'une tutelle, pourront, s'ils ne veulent la conserver, faire convo-

quer, dans le mois, un conseil de famille, pour y être procédé à leur remplacement.

Si, à l'expiration de ces fonctions, services ou missions, le nouveau tuteur réclame sa décharge, ou que l'ancien redemande la tutelle, elle pourra lui être rendue par le conseil de famille.

221. Le Code consacre six causes d'excuse. Elles dispensent, les unes temporairement seulement, les autres pour toujours; les unes *à suscipienda tantum tutela,* les autres *à suscipienda vel etiam suscepta.* Les cinq articles ci-dessus sont relatifs à la première cause, laquelle résulte de certains titres ou de l'exercice de fonctions, services ou missions publics.

Cette première cause de dispense embrasse *ou embrassait :* 1° les membres de la *famille impériale* (sénatus-consulte du 18 mai 1804, tit. 3); 2° certains dignitaires, tels que les amiraux, les maréchaux de France, les inspecteurs généraux, les *officiers civils de la couronne* (tit. 5 et 6); 3° les *sénateurs* (tit. 8); 4° les ministres et conseillers d'État (tit. 9); 5° les membres du Corps législatif (tit. 10); 6° les membres de la Cour de cassation, et aussi, d'après l'art. 7 de la loi du 16 septembre 1807, ceux de la Cour des comptes; 7° les préfets; 8° tous citoyens exerçant une fonction publique dans un département autre que celui où s'établit la tutelle (1) (*voy.* art. 427); 9° les militaires en activité de service; 10° enfin, tous ceux qui remplissent une mission du gouvernement hors du territoire français, que cette mission soit authentique ou non; mais, dans ce dernier cas, le réclamant doit, s'il y a contestation, en justifier par un certificat du ministre dans le département duquel rentre la mission (art. 428 et 429).

Quand les personnes pour lesquelles existe cette cause d'excuse acceptent cependant la tutelle, elles sont censées renoncer à leur dispense, et ne peuvent plus s'en prévaloir ensuite (art. 430). C'est là, du reste, une règle générale posée par l'art. 439, et dont la loi fait ici l'application particulière.

Ceux pour lesquels cette même cause d'excuse naît alors qu'ils sont déjà tuteurs ont un mois pour la proposer et se faire décharger de la tutelle; mais quand la cause d'excuse vient à cesser, ils peuvent, sur la demande du tuteur qui les a remplacés, en être chargés de nouveau. Cette excuse n'est donc que temporaire quand elle s'applique à une tutelle déjà acceptée, tandis qu'elle est perpétuelle quand elle dispense *à tutela suscipienda* (art. 431). — Quant au droit que cet art. 431 accorde au tuteur dispensé, de redemander la tutelle, il est clair qu'il

(1) Un Avis du conseil d'État, du 20 novembre 1806, décide avec raison qu'il faut ranger dans cette catégorie, non-seulement les ecclésiastiques desservant des cures ou des succursales, mais aussi toutes personnes exerçant pour les cultes des fonctions quelconques exigeant résidence, et pour lesquelles il faut l'agrément du chef de l'État et une prestation de serment.

Un notaire peut se dispenser de la tutelle, si elle doit s'exercer hors de son département. *Dict. not.* (v° Tutelle, n° 126).

l'a tout aussi bien quand c'est d'une tutelle à recevoir qu'il a été dispensé : car il a toujours *le droit de demander,* et le conseil, qui jouit de toute latitude pour déférer la tutelle, a toujours le *droit* de le satisfaire. Le Code a seulement voulu dire que sa demande serait plus favorable dans un cas que dans l'autre. La véritable différence entre les deux cas n'est donc pas là, mais dans la circonstance que nous venons d'indiquer.

432. — Tout citoyen non parent ni allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle, que dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle.

433. — Tout individu âgé de soixante-cinq ans accomplis peut refuser d'être tuteur. Celui qui aura été nommé avant cet âge, pourra, à soixante-dix ans, se faire décharger de la tutelle.

434. — Tout individu atteint d'une infirmité grave et dûment justifiée, est dispensé de la tutelle.

Il pourra même s'en faire décharger, si cette infirmité est survenue depuis sa nomination.

I. — 222. Ces trois articles nous présentent les 2e, 3e et 4e causes d'excuse : 1° le défaut de parenté et d'alliance, quand quelque parent ou allié, apte à la tutelle, existe dans la distance de quatre myriamètres ; 2° l'âge avancé ; 3° les infirmités.

Le premier de ces trois articles n'est pas, comme les deux autres, applicable à la tutelle déjà acceptée ; en sorte que, quand même quelque parent ou allié du mineur viendrait, après l'acceptation de la tutelle, demeurer dans le rayon de quatre myriamètres, le tuteur ne pourrait plus se faire excuser pour cette cause. — On sait que toutes les causes d'excuse (ou d'exclusion, ou de destitution) sont les mêmes pour la tutelle et la subrogée tutelle. Cela posé, il se pourrait très-bien que l'étranger appelé à l'une ou à l'autre fonction ne pût pas la refuser, quoiqu'il y eût des parents et des alliés dans la distance voulue. Ce serait si ces parents ou alliés étaient tous de la même ligne que l'autre fonctionnaire (art. 423).

Le second article demande soixante-cinq ans *accomplis* pour dispenser de la tutelle à recevoir ; mais il ne répète pas cette condition pour les soixante-dix ans qui doivent dispenser de la tutelle déjà reçue. Ce n'est pas le seul cas où la loi répute septuagénaires ceux dont la soixante-dixième année est commencée (art. 2066) (1).

L'excuse d'âge ou d'infirmité survenue pendant la tutelle n'a pas besoin, comme celle de fonctions, services ou missions (art. 431),

---

(1) *Conf.* Zachariæ, édit. Massé et Vergé (I, § 215, note 13, p. 421). *Contrà :* Demolombe (VII, n° 422); Massé et Vergé (*ubi sup.*); Aubry et Rau (IV, § 107, note 13, p. 381).

d'être proposée dans un délai déterminé. Et en effet, si un tuteur venait dire : « Malgré mon âge ou mon infirmité, malgré mon titre légal de dispense, j'ai voulu continuer ma gestion tant que mes forces me l'ont permis ; mais maintenant le fardeau est trop lourd... », il serait absurde assurément de le punir de son zèle, en lui enlevant un bénéfice qu'il eût obtenu s'il avait eu moins de bonne volonté.

Cette observation suffit pour faire comprendre que, malgré la disposition finale de l'art. 434, une infirmité existant dès avant la tutelle pourrait devenir une cause légitime d'excuse *à tutela suscepta,* si elle augmentait pendant la gestion. Il n'y aurait pas même contradiction aux termes de l'article ; car la cause d'excuse serait alors dans l'*augmentation* de l'infirmité, et cette augmentation serait *survenue depuis la nomination* (ou mieux *depuis l'acceptation*).

II. — 223. M. Zachariæ (t. I, p. 215, note 10) fait, sur l'art. 433, une étrange application du système d'interprétation littérale. Ce n'est, dit-il, que le tuteur *nommé* qui peut s'excuser à soixante-dix ans. Il suivrait de là que le tuteur légitime, qui pourrait comme tout autre, d'après la première phrase de l'article, refuser d'accepter la tutelle à soixante-cinq ans, n'aurait cependant pas d'excuse légale pour la tutelle une fois acceptée, eût-il quatre-vingt-dix ans et plus !... Il fait un raisonnement semblable sur les mots *avant cet âge,* et en conclut que celui qui accepte la tutelle après soixante-cinq ans ne peut plus s'en excuser à soixante-dix ; comme si la renonciation à une première excuse emportait renonciation à une excuse postérieure...

Pour être conséquent, cet auteur devrait dire, sur l'art. 434, que le tuteur pour lequel il y a eu *nomination* est le seul qui puisse se faire décharger de la tutelle pour infirmités. Il ne le fait pas cependant ; il admet comme nous, ce qui est évident, en effet, que le législateur a entendu porter une règle commune à toute tutelle, et que *nomination* signifie en général *acceptation*. Mais pourquoi donc, dans l'article précédent, les mots *celui qui a été nommé* ne signifient-ils pas *celui qui a accepté ?* On cherche en vain à s'expliquer un pareil changement de système d'un article à l'article suivant.

435. — Deux tutelles sont, pour toutes personnes, une juste dispense d'en accepter une troisième.

Celui qui, époux ou père, sera déjà chargé d'une tutelle, ne pourra être tenu d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfants.

I. — 224. Cet article nous indique la quatrième cause d'excuse, le nombre des tutelles. Deux tutelles (et la qualité d'époux ou de père compte pour une) dispensent d'accepter la troisième.

De ce que la loi permet à celui qui est actuellement époux ou père de refuser une seconde tutelle, il ne s'ensuit pas que le célibataire chargé de deux tutelles acquière par son mariage le droit d'être dispensé de l'une d'elles ; car nous avons vu que telle cause peut bien dispenser d'accepter une tutelle, sans être assez puissante pour dispen-

ser d'une tutelle déjà acceptée. Mais ce même individu, chargé de deux tutelles, aurait ce droit d'en rejeter une, s'il se trouvait en outre appelé à la tutelle de ses enfants. En effet, la loi n'exige de personne de subir trois tutelles; donc, cet individu a le droit ou de refuser celle de ses enfants qui lui arrive en troisième lieu, ou d'en rejeter une des deux premières, en conservant celle de ses enfants. Or, la loi nous indique combien elle tient à ce que le père n'abandonne pas la tutelle de ses enfants pour celle d'enfants étrangers, puisqu'elle autorise celui qui n'est encore qu'époux à s'en tenir à une première tutelle, afin d'être prêt à prendre en second celle de ses enfants. C'est donc la tutelle de ses enfants que le père devra conserver, en se déchargeant d'une des deux autres.

Cette dernière observation fait assez comprendre que la tutelle unique qui permet à l'homme, époux ou père, d'en refuser une seconde, doit être la tutelle d'enfants qui ne sont pas les siens. Le principe dont la loi fait son point de départ, c'est que chacun peut très-bien supporter deux tutelles; seulement, elle fait équivaloir à l'une d'elles l'éventualité de la tutelle des propres enfants, ou, en tout cas, les soins qu'impose la paternité ou le titre d'époux. Mais à cet équivalent d'une première tutelle il faut en joindre une seconde, pour que celle qui est offerte soit refusée comme troisième.

Au reste, la loi ayant attaché au seul titre d'*époux* ou de *père* le bénéfice d'être dispensé par une seule tutelle, il s'ensuit que le bénéfice existerait même pour le veuf dont les enfants seraient tous majeurs, ou pour l'époux sans enfants dont la femme serait d'un âge assez avancé pour ne plus concevoir.

II. — 225. Nous avons vu (art. 390) que le Code, en organisant la tutelle, n'a pas pensé aux enfants naturels, et que c'est seulement par l'analogie qu'on est conduit à leur appliquer celles des règles de la loi que la raison dit devoir leur être communes. Le père dont il parle est donc un père légitime; mais ce qu'il dit du père légitime, faut-il, par le principe d'analogie dont nous venons de parler, l'étendre au père naturel légalement connu? Nous ne le pensons pas, par cette raison que c'est là un bénéfice, une faveur attachée à la paternité, et qu'on ne peut pas favoriser et encourager la paternité naturelle à l'égal de la paternité légitime. C'est ainsi que l'article suivant ne dispense aussi de la tutelle, vu le nombre de ses enfants, que celui qui a cinq enfants *légitimes*.

436. — Ceux qui ont cinq enfants légitimes, sont dispensés de toute tutelle autre que celle desdits enfants.

Les enfants morts en activité de service dans les armées de l'empereur seront toujours comptés pour opérer cette dispense.

Les autres enfants morts ne seront comptés qu'autant qu'ils auront eux-mêmes laissé des enfants actuellement existants.

226. Voici la sixième et dernière cause d'excuse : le nombre d'en-

fants. L'enfant conçu seulement ne compterait pas; car c'est uniquement quand il s'agit de ses intérêts, *quoties de commodis ejus agitur,* qu'il est réputé né.

On voit que le père qui n'aurait eu que trois ou quatre enfants, lesquels seraient morts laissant cinq, six ou huit petits-enfants, ne pourrait pas s'excuser; car ce ne sont pas les petits-enfants, mais les *enfants* dont ils descendent, que la loi permet de compter.

437. — La survenance d'enfants pendant la tutelle ne pourra autoriser à l'abdiquer.

227. Ainsi, le nombre d'enfants dispense bien *à suscipienda tutela,* mais non pas *à tutela suscepta.*

Les quatre derniers articles de la section ne s'occupent plus que de règles communes à toutes les causes d'excuse.

438. — Si le tuteur nommé est présent à la délibération qui lui défère la tutelle, il devra sur-le-champ, et sous peine d'être déclaré non recevable dans toute réclamation ultérieure, proposer ses excuses, sur lesquelles le conseil de famille délibérera.

439. — Si le tuteur nommé n'a pas assisté à la délibération qui lui a déféré la tutelle, il pourra faire convoquer le conseil de famille pour délibérer sur ses excuses.

Ses diligences à ce sujet devront avoir lieu dans le délai de trois jours, à partir de la notification qui lui aura été faite de sa nomination; lequel délai sera augmenté d'un jour par trois myriamètres (1) de distance du lieu de son domicile à celui de l'ouverture de la tutelle: passé ce délai, il sera non recevable.

228. Quand il s'agit d'un tuteur légitime ou testamentaire, le délai indiqué par notre article courra du jour où il aura connaissance de sa qualité de tuteur (art. 418).

Du reste, si le tuteur, soit légitime ou testamentaire, soit datif, faisait, même dans le court délai que la loi lui accorde pour proposer ses excuses, des actes de gestion, ces actes constitueraient une acceptation qui le rendrait aussi non recevable à s'excuser ensuite: à moins qu'il ne s'agît de simples actes conservatoires et urgents qui ne dénoteraient aucune intention d'accepter. Les tribunaux décideraient en fait, et d'après les circonstances, si les actes allégués sont ou non de nature à prouver la volonté d'accepter.

440. — Si ses excuses sont rejetées, il pourra se pourvoir devant les tribunaux pour les faire admettre; mais il sera, pendant le litige, tenu d'administrer provisoirement.

---

(1) Par cinq myriamètres aujourd'hui. Art. 1033 du Code de procédure (loi du 3 mai 1862).

441. — S'il parvient à se faire exempter de la tutelle, ceux qui auront rejeté l'excuse, pourront être condamnés aux frais de l'instance.

S'il succombe, il sera condamné lui-même.

229. Nous avons déjà vu et nous verrons encore plus loin que, pour ce qui touche à l'administration de la tutelle, le conseil de famille forme une espèce de tribunal domestique, qui juge sauf recours au tribunal civil. Mais il ne faudrait pas croire pour cela que ce conseil soit un premier degré de juridiction dont le recours au tribunal constituerait un appel proprement dit; d'où il suivrait que les deux degrés étant épuisés après la sentence du tribunal civil, il n'y aurait jamais lieu d'aller à la Cour d'appel. On sait, au contraire, que l'appel à la Cour est toujours ouvert pour tout jugement rendu sur une délibération du conseil de famille (C. pr., art. 889). Quand donc, dans le cas de notre article, le tribunal aura prononcé sur la réclamation du tuteur, sa sentence ne sera pas définitive; c'est seulement quand la Cour aura prononcé, ou que le délai de l'appel sera expiré, que les choses se trouveront fixées. Du reste, si le tribunal a maintenu le tuteur, celui-ci devra, par analogie de l'art. 440, administrer provisoirement pendant l'instance d'appel.

Quand le tuteur voit sa réclamation rejetée et est maintenu dans la tutelle, il est toujours condamné aux dépens, par application de la règle générale qui veut que tout plaideur qui perd subisse les frais qu'il a mal à propos causés à son adversaire (C. pr., art. 130). Que si ce sont les membres du conseil qui succombent, ils *peuvent* subir les dépens, mais ils ne les supportent pas nécessairement. C'est qu'en effet, ce n'est pas précisément de leur affaire, mais de celle du mineur qu'il s'agissait; ce n'est pas dans leur propre intérêt, mais dans l'intérêt de l'enfant, que souvent ils auront soutenu le procès. Les juges auront donc à examiner les circonstances, et, s'il leur paraît que c'est vraiment par intérêt pour l'enfant et par le désir raisonnable de lui donner un tuteur que le conseil a agi, c'est le mineur qui supportera les frais; que si, au contraire, les membres du conseil ont agi d'une manière déraisonnable, par esprit de tracasserie, en faisant du procès une affaire d'amour-propre, et dès lors leur affaire personnelle, c'est eux qui devront être condamnés.

229 *bis*. Le conseil de famille est toujours libre, bien entendu, d'admettre toute autre excuse que celles écrites dans la loi; mais il n'y est pas obligé comme quand il existe une excuse légale, et l'excuse qu'il aurait ainsi rejetée ne pourrait être ensuite admise par le tribunal, sur la réclamation du tuteur. La loi ayant pris soin de préciser elle-même les causes d'excuse et n'ayant pas voulu les laisser à l'appréciation arbitraire du juge, celui-ci ne peut donc pas s'écarter des règles tracées par notre section.

SECTION VII.

DE L'INCAPACITÉ, DES EXCLUSIONS ET DESTITUTIONS DE LA TUTELLE.

230. Il ne faut pas confondre l'incapacité avec l'exclusion et la destitution, ni ces deux dernières entre elles.

L'incapacité diffère de l'exclusion et de la destitution en ce que la loi attache à ces dernières une idée déshonorante que la première ne présente pas. Leurs causes, d'ailleurs, sont différentes aussi.

L'exclusion et la destitution ont des causes identiques, et diffèrent seulement en ce que la première empêche l'entrée en fonctions, tandis que la seconde fait cesser une gestion déjà commencée.

Le premier article de la section est le seul qui soit relatif à l'incapacité; les sept autres s'occupent de l'exclusion et de la destitution simultanément.

442. — Ne peuvent être tuteurs, ni membres des conseils de famille,

1° Les mineurs, excepté le père ou la mère;

2° Les interdits;

3° Les femmes, autres que la mère et les ascendantes;

4° Tous ceux qui ont ou dont les père ou mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune, ou une partie notable de ses biens, sont compromis.

SOMMAIRE.

I. Quatre classes d'incapables : 1° Les mineurs; on excepte les père et mère légitimes seulement.

II. 2° Les interdits, mais non ceux qui sont seulement pourvus judiciairement d'un conseil.

III. 3° Les femmes, excepté les ascendantes. Différence entre la mère et les autres.— Toutes peuvent être nommées tutrices, alors même qu'elles sont mariées.

IV. 4° Celui qui aurait, ou dont l'auteur aurait, avec le pupille, un procès compromettant l'état ou la fortune de celui-ci. — Cette cause ne peut pas plus s'étendre que les trois autres. Dissentiment avec M. Duranton.

V. Observation sur une inexactitude de M. Dalloz.

I. — 231. Il existe quatre causes d'incapacité. La première est la qualité de mineur; mais on excepte le père et la mère du pupille.

Est-ce à tous père et mère, ou seulement aux père et mère légitimes, que l'exception s'applique? Nous pensons que c'est aux père et mère légitimes seulement. D'abord, nous savons déjà que c'est seulement des parents et des enfants *légitimes* que le Code parle dans l'ensemble du titre (ce qui est encore prouvé par le 3°, qui cite la mère *et les ascendantes,* quoiqu'il n'y ait jamais d'ascendantes, légalement, pour les enfants naturels), en sorte que la disposition ne pourrait s'étendre aux parents naturels que par analogie; or, l'analogie n'existe pas, puisqu'un auteur naturel est loin de mériter la même faveur qu'un

auteur légitime : la disposition doit donc être restreinte à ceux dont elle parle, au double titre de faveur et d'exception. D'ailleurs, il serait absurde de confier la gestion d'une tutelle à ceux qui seraient eux-mêmes en tutelle; or, c'est ce qui peut arriver à des auteurs naturels, tandis que les auteurs légitimes auront toujours été émancipés et affranchis de la tutelle par leur mariage (art. 476).

Au reste, il est clair que les père et mère légitimes, mineurs émancipés, ne pourraient pas faire comme tuteurs les actes dont ils sont incapables pour eux-mêmes; il leur faudrait pour ces actes l'assistance de leur propre curateur (art. 482).

Le contraire a lieu pour la femme mariée qui n'est incapable qu'à ce titre. Cette femme, incapable d'agir pour elle-même, n'en est pas moins capable d'agir pour un autre. Ainsi, dans la présomption d'absence du mari, la mère a pour l'administration des biens de ses enfants plus de droits que pour l'administration des siens (art. 141, n° III). Ceci tient, on le conçoit, à ce que la femme mariée (majeure) n'est incapable que dans ses rapports avec son mari et pour les actes qui la concernent elle-même, tandis qu'un mineur l'est *absolument*.

II. — 232. La seconde cause d'incapacité se trouve dans l'interdiction judiciairement prononcée pour imbécillité, démence ou fureur (article 489) (1).

Nous verrons, par les art. 499 et 523, que les individus faibles d'esprit à un degré trop peu grave pour être interdits, et aussi les prodigues, doivent être pourvus d'un conseil, sans l'assistance duquel ils ne peuvent faire certains actes, ce qui les assimile à peu près aux mineurs émancipés; or, notre article ne parlant pas de ces individus, et une nomenclature d'incapacités étant une matière rigoureuse qui ne peut être étendue au delà de ses termes, nous ne pouvons pas les y faire rentrer (2). Mais il restera une autre ressource : ce serait, s'ils ne voulaient pas renoncer bénévolement à la tutelle, de prononcer, d'après l'article 441, 2°, pour gestion attestant incapacité, leur exclusion, ou, s'ils étaient antérieurement en exercice, leur destitution.

III. — 233. La troisième cause d'incapacité est fondée sur le sexe : les femmes sont incapables d'exercer la tutelle et d'entrer aux conseils de famille; mais la loi excepte la mère et les autres ascendantes. Pour la mère d'abord, non-seulement elle peut être tutrice, mais nous savons qu'elle l'est de plein droit par la mort de son époux. Quant aux autres ascendantes, elles n'ont jamais la tutelle de plein droit; mais elle pourra, d'après notre article, leur être conférée, soit par le dernier mourant des père et mère, soit par le conseil de famille. Pour ce qui est de leur entrée au conseil de famille, nous savons que toutes les ascendantes en sont de plein droit membres, honoraires seule-

---

(1) Quant à l'interdiction *légale* (pour crime), elle ne frappe que des individus subissant une peine infamante (C. pén., art. 29), et qui, dès lors, ne seront pas seulement incapables, mais exclus ou destitués d'après l'art. 443.

(2) *Conf.* Cass., 21 nov. 1848 (Dev., 48, I, 677; Dall., 48, I, 230); Demolombe (VII, n° 285). *Contrà :* Aubry et Rau (I, § 92, note 7).

ment, il est vrai; mais c'est seulement quand elles sont veuves. Ici, au contraire, c'est par leur seule qualité d'ascendantes et sans aucune condition de viduité qu'elles se trouvent capables, à la différence des autres femmes, et d'entrer au conseil de famille, si le juge de paix les y appelle, et d'exercer la tutelle, si on la leur donne. Ainsi, du vivant même d'un ascendant exclu, destitué ou excusé, l'ascendante, sa femme peut, d'après notre article, recevoir la tutelle dative, et elle le pourrait aussi si elle était remariée en secondes noces. La mère qui, par un second mariage contracté sans l'assentiment du conseil de famille, aurait perdu la tutelle légale, pourrait également recevoir cette tutelle dative sans qu'il fallût pour cela lui donner son second mari pour cotuteur. On ne peut pas s'étonner de voir notre 3° accepter la gestion d'une femme mariée, quand le 1° accepte celle d'un mineur.

Remarquons, au surplus, que si les ascendantes peuvent être tutrices ou membres des conseils de famille, elles ne peuvent jamais être contraintes d'accepter ces fonctions, qui sont toujours facultatives pour elles. Nous en trouvons la preuve dans l'art. 394, qui permet à la mère elle-même de ne pas accepter la tutelle de son enfant. Ainsi, le sexe, qui est pour les autres femmes une cause d'incapacité, reste pour les ascendantes une cause de dispense.

IV. — 234. La quatrième et dernière cause d'incapacité résulte d'une grave opposition d'intérêt entre le pupille et l'individu appelé à la tutelle. Mais ce n'est pas pour tous les cas de grave opposition d'intérêt que la loi crée l'incapacité; c'est seulement quand l'état, la fortune, ou une partie notable des biens du mineur sont compromis par un procès actuellement existant entre lui et le tuteur, ou les père et mère de ce tuteur.

Cependant M. Duranton, sans tenir compte des limitations si précises de l'article, enseigne que l'incapacité existe dans plusieurs autres circonstances (t. III, n° 505). Ainsi, quand le procès a lieu avec l'enfant du tuteur, le même résultat doit être admis *à plus forte raison*, dit-il; quand c'est avec son conjoint, il doit l'être encore par une raison *au moins égale;* puis il veut qu'il en soit de même dans les cas réciproques, c'est-à-dire quand le procès entre le mineur et l'une de ces personnes compromettra l'état ou la fortune, non plus du mineur, mais de son adversaire, et il s'appuie pour cela sur l'autorité du droit romain. M. Duranton, dans cette liste des cas à ajouter à celui de la loi, en oublie deux qui devraient, ce semble, passer avant ceux qu'il indique : 1° celui où le procès existerait entre le mineur et une personne dont le tuteur est l'héritier présomptif; 2° celui où ce procès aurait lieu non plus avec le tuteur lui-même, mais avec son père ou sa mère (écartés de la tutelle par une cause quelconque).

Où ce système nous conduirait-il? La loi ne prononce l'incapacité que dans deux cas : 1° procès, compromettant l'état ou la fortune du pupille, contre le tuteur; 2° même procès contre l'auteur du tuteur. Nous aurions, nous, le cas du même procès : 3° avec l'enfant du tuteur; 4° avec son conjoint; 5° avec celui dont il doit hériter, puis les

cinq cas réciproques, ce qui fera dix ; puis, enfin, les dix cas analogues à ceux-ci, dans l'hypothèse où ce serait l'état ou la fortune de l'auteur du mineur, ou de l'adversaire de cet auteur, qui seraient compromis. Dans tous ces cas, en effet, on retrouve le prétendu motif que M. Duranton attribue à la loi, la crainte de graves *inimitiés*. Ainsi, au lieu de *deux* causes que la loi consacre, nous en aurions *vingt*, sauf à d'autres interprètes à en ajouter de nouvelles! Car d'autres, en s'appuyant sur ce prétendu principe que la crainte d'inimitiés est le point de départ de la loi, pourraient dire que notre 4° n'est qu'un exemple qui doit faire admettre en entier les règles romaines que cite M. Duranton : ainsi toute inimitié avec le père du pupille, de quelque manière qu'elle se fût manifestée, suffirait pour rendre incapable. C'est-à-dire que l'on ne saurait plus où s'arrêter.

Ce n'est pas le Digeste ou les Novelles que nous avons à suivre aujourd'hui, c'est le Code; et le Code est certes très-clair et très-précis sur le point qui nous occupe. Le Code ne s'est point préoccupé, à l'égal du droit romain, des inimitiés à craindre de la part du tuteur, parce que, d'abord, autres temps autres mœurs, et que la civilisation est plus avancée chez nous qu'elle ne l'était à Rome (1) ; parce que, d'un autre côté, notre droit français a placé, dans son organisation des tutelles, un fonctionnaire inconnu aux Romains, et dont la présence diminue singulièrement les dangers que pouvait offrir la mauvaise volonté du tuteur, savoir le subrogé tuteur, qui surveille sans cesse le premier; parce qu'enfin, la tutelle légitime (la seule pour laquelle ce 4° soit bien utile, puisque dans les autres le survivant des époux ou le conseil de famille se garderont bien de choisir un homme suspect) étant beaucoup moins fréquente chez nous qu'à Rome (où tous les collatéraux, tous les agnats y étaient appelés), il devenait ridicule d'offrir ici un luxe d'incapacités sans objet.

235. Le Code devait donc restreindre les causes d'incapacité ; il l'a fait. Il n'y a d'incapacité, d'après notre 4°, que sous deux conditions.

Il faut 1° qu'il existe un procès qui compromette l'état du pupille ou sa fortune, soit en entier, soit en grande partie. Ceci exclut positivement tous les cas dans lesquels l'état ou la fortune compromis seraient ceux de l'adversaire de l'enfant, ou de ses père ou mère. Et en effet, quand ce sont ceux de l'adversaire, le pupille ne se trouve plus dans le

---

(1) Nous en trouvons un exemple, entre bien d'autres, dans les Institutes de Justinien, au tit. XVI du liv. II, *De pupillari substitutione*, § 3. L'empereur indique au père qui fait le testament de son fils impubère le moyen de garantir l'enfant des dangers qu'il va courir de la part du substitué, et il est à remarquer que les précautions citées par Justinien comme un simple avis aux parents craintifs, *si quis ita formidolosus sit*, etc., sont copiées dans Gaius, qui les rapporte comme étant, de son temps encore, d'un usage général : *In usu est...* (Gaii, *Inst. Comm.*, II, 181). Dieu merci, de semblables défiances, d'aussi tristes précautions, ne sont pas dans nos mœurs, *in usu non sunt :* chez nous, le père meurt tranquille sur la vie de son jeune enfant; il ne craint pas que l'héritier présomptif de celui-ci vienne l'empoisonner pour avoir sa fortune; de pareils forfaits ne sont plus pour nous que de rares exceptions, *in usu non sunt.*

péril qu'a voulu prévenir l'article; son état et la fortune dont il jouit ne courent plus aucun danger. Que si ce sont ceux de ses père ou mère, il n'y a pas d'inconvénient à ce que l'adversaire de ceux-ci devienne tuteur; car la qualité de tuteur du fils ne donne aucun moyen d'empêcher les parents de réussir dans leurs prétentions.

Il faut 2° que, dans ce procès, le tuteur, ou l'un de ses deux auteurs, soit l'adversaire de l'enfant. Que l'adversaire même de l'enfant ne puisse devenir son tuteur, c'est-à-dire son protecteur, son représentant, c'est de toute rigueur; et l'on conçoit que la loi étende cette idée première jusqu'au fils de l'adversaire, parce qu'un fils regarde tout naturellement la fortune de ses père et mère comme sa fortune propre; en sorte que l'homme peu délicat usera de fraude tout aussi volontiers pour augmenter le patrimoine de son père que pour augmenter le sien. Mais qui nous autorise à aller plus loin, dans le silence de la loi?:..

Ainsi, on veut déclarer incapable le père de l'adversaire, et ce, dit-on, *à plus forte raison!* Mais il est évident qu'il n'existe même pas une raison *égale :* un père ne s'accoutume pas à regarder les biens de son fils comme ses biens; il ne vit pas dans l'espoir de les voir devenir siens; si la succession des père et mère passe tous les jours aux enfants, celle des enfants ne remonte aux père et mère qu'accidentellement et par exception à l'ordre ordinaire des choses. Même observation, et plus décisive encore, pour le conjoint de l'adversaire; car, en définitive, les biens de ma femme ne sont pas mes biens, et nous ne devons succéder l'un à l'autre qu'à défaut de parents du *douzième degré* (art. 755 et 767). Le cas qui paraîtrait plus que tout autre devoir rentrer dans la disposition, c'est celui où le tuteur se trouve être l'héritier présomptif de l'adversaire, et c'est précisément celui auquel M. Duranton n'étend pas l'incapacité. Ce que M. Duranton ne fait pas, doit-on le faire?... Nous ne le pensons pas; car en généralisant ainsi la règle toute spéciale de l'article, on lui ferait embrasser des hypothèses qui ne sont ni dans les termes ni dans l'esprit de la disposition. Ainsi, s'il s'agit d'un oncle, d'un cousin n'ayant pas d'enfants et dont le tuteur est le parent le plus proche, il n'y a plus ni cette certitude de recueillir l'héritage, ni cette confiance et cet attachement intimes de père et mère à enfant, qui sont si puissants pour déterminer à grossir le patrimoine par des moyens déloyaux. Ces derniers éléments, cette intimité profonde, l'habitude de l'influence chez les père et mère, de la déférence chez les enfants qu'ils ont élevés, n'existent même pas pour les autres ascendants. (*Voy.* art. 211, n° I.)

Ainsi, et pour nous résumer sur ce point délicat, nous disons : il s'agit, dans notre article, d'incapacités, c'est-à-dire de dispositions exceptionnelles, rigoureuses, exorbitantes du droit commun; d'un autre côté, parmi les hypothèses qui peuvent être prévues en dehors des termes de la loi, il n'en est pas une qui présente une analogie parfaite, pas une qui place les parties dans une position identique à celle que choisit le législateur; enfin, on ne pourrait pas abandonner le texte de la loi

sans tomber dans une série d'idées de l'une à l'autre desquelles il n'y aurait pas de règle pour s'arrêter ; par ces trois raisons nous pensons qu'il faut s'en tenir rigoureusement aux termes mêmes du Code (1).

V. — 236. Des quatre causes d'incapacité que la loi nous indique, il en est deux, l'interdiction et le procès dont on vient de parler, qui peuvent se présenter pour un tuteur déjà entré en exercice, aussi bien que pour celui qui n'a pas encore géré ; et l'on conçoit que dans un cas elles feraient écarter le tuteur, comme dans l'autre elles l'empêchent d'arriver à la tutelle. Il ne faut donc pas dire, avec M. Dalloz (*Dictionn.*, v° Tutelle, n° 242), que l'incapacité s'applique toujours à un individu qui n'est pas encore tuteur. Un tuteur très-capable d'abord peut fort bien se trouver frappé d'incapacité pendant sa gestion.

443. — La condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte de plein droit l'exclusion de la tutelle. Elle emporte de même la destitution, dans le cas où il s'agirait d'une tutelle antérieurement déférée.

237. Nous avons déjà dit que l'exclusion et la destitution ont des causes identiques, et que la loi, dans les sept articles auxquels nous arrivons, s'en occupe simultanément. Nous voyons ici une première cause qui opère de plein droit et sans que le conseil de famille ait besoin de prononcer. A cette première cause il en faut joindre une seconde que notre article n'indique pas. En effet, outre les cinq peines infamantes dont il s'agit ici (2), lesquelles sont toutes des peines criminelles (C. pén., art. 7 et 8), il est encore une peine simplement correctionnelle, et dès lors non infamante, qui emporte aussi exclusion ou destitution. C'est l'interdiction, formellement prononcée par un jugement correctionnel, du droit d'être tuteur (C. pén., art. 9, 2°, et 42, 6°). — Cette interdiction, toujours temporaire (à la différence de celle qui résulte d'une condamnation à une peine infamante, laquelle dure toujours), ne peut être prononcée par un tribunal correctionnel que dans les cas où elle est spécialement ordonnée ou autorisée par la loi (C. pén., art. 443). Elle est ordonnée dans deux cas dont un nous est déjà

---

(1) *Conf.* Toullier (II, 1161); Proudhon (II, p. 345). *Contrà :* Delvincourt, Zachariæ (I, p. 210). — Mais nul des quatre auteurs ne donne aucune raison de sa décision. — M. Demolombe (VII, 476) adopte notre doctrine et ses motifs. — Jugé que l'étranger qui ne jouit pas en France des droits civils ne peut être investi d'une tutelle, ni faire partie d'un conseil de famille. Paris, 21 mars 1861 (Dev., 61, II, 209). — Un arrêt du 21 mars 1862 de la même Cour décide, au contraire, qu'il peut être tuteur de son enfant mineur (Dev., 62, II, 411).

(2) Nous avons déjà dit, et l'on voit en effet par l'art. 7 du Code pénal, que toutes les peines afflictives sont infamantes. Parmi les peines infamantes, qui sont au nombre de huit, nous n'indiquons que les cinq dernières comme opérant l'exclusion ou la destitution : les Travaux forcés à temps, la Détention, la Réclusion, le Bannissement et la Dégradation civique. Quant aux trois premières : la Mort, les Travaux perpétuels et la Déportation, nous n'en parlons pas, attendu qu'elles retranchent le condamné du nombre des vivants, ou réellement, ou du moins légalement, puisqu'elles emportent la mort civile. — *Nota.* La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854, dont l'art. 2 porte que les condamnations à des peines afflictives perpétuelles entraînent l'interdiction légale.

connu, celui d'excitation d'enfants mineurs à la débauche (C. pén., art. 334, 335 et 374); elle est autorisée dans les cas des art. 401, 405 à 408 et 410 du Code pénal.

Il est important de remarquer que, quand l'une des cinq condamnations infamantes, ou la condamnation correctionnelle dont nous venons de parler, frappent un père ou une mère, elles ne les privent que du droit de tutelle légale et ne peuvent leur enlever celui d'être nommés tuteurs de leurs enfants par le conseil de famille (*voy.* C. pén., art. 28, 34, 4°, et 42, 6°); excepté, toutefois, quand c'est pour excitation à la débauche des enfants que l'interdiction est prononcée (C. pén., art. 335).

444. — Sont aussi exclus de la tutelle, et même destituables, s'ils sont en exercice,

1° Les gens d'une inconduite notoire;

2° Ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité.

238. Dans le cas de cet article, l'exclusion ou la destitution n'ont pas lieu de plein droit; elles doivent être prononcées par le conseil de famille (art. 446). Deux causes permettent de les prononcer : 1° l'inconduite notoire du tuteur; 2° une gestion attestant son incapacité ou son infidélité.

L'inconduite est notoire quand elle se constitue de faits connus d'un très-grand nombre de personnes, et dont on s'entretient dans le public. Mais ce n'est pas à dire, évidemment, que ces faits doivent être connus de *tout le monde*, et que l'exclusion ou la destitution ne puissent pas être prononcées par le conseil, ou maintenues par les tribunaux, dès que les membres du conseil ou les juges auraient besoin de se faire renseigner par une enquête. C'est à tort que M. Zachariæ (t. I, p. 211, not. 9) enseigne cette doctrine, que rejette avec raison la jurisprudence (Aix, 24 août 1809; Rennes, 18 mai 1829; Rejet, 12 mai 1830).

Quant à la gestion qui doit attester l'incapacité ou l'infidélité, il n'est pas nécessaire que ce soit celle de la tutelle dont il s'agit. Le texte même de notre article le prouve, puisqu'il fait produire à cette cause non pas seulement la destitution, mais aussi l'exclusion, c'est-à-dire l'impossibilité d'entrer en exercice. Il suffit d'une gestion quelconque, pourvu, bien entendu, qu'elle révèle l'incapacité ou l'infidélité *actuelle* ou au moins *récente* de l'individu (1).

445. — Tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle, ne pourra être membre d'un conseil de famille.

I. — 239. Cet article ne dit pas que les *causes* qui produisent l'exclusion ou la destitution de la tutelle emportent aussi l'exclusion des

(1) L'art. 444 s'applique au père et à la mère comme à tous autres tuteurs. Bordeaux, 8 août 1845 (Dev., 47, II, 134); Cass., 15 mars 1864 (Dev., 64, I, 155).

conseils de famille : c'est l'exclusion ou la destitution *réalisées* qui amènent cet effet. Ainsi, il ne suffit pas qu'un individu présente les circonstances d'inconduite notoire, d'incapacité ou d'infidélité, pour être exclu d'un conseil de famille ; il faut que, pour l'une de ces causes, il ait été *exclu ou destitué d'une tutelle*. La loi a voulu restreindre autant qu'il était possible les causes d'incapacité ou d'indignité; et, comme un mauvais membre du conseil de famille est moins à craindre qu'un mauvais tuteur, elle a porté dans notre article une disposition plus étroite que celle de l'article précédent (1).

Quant aux causes qui opèrent de plein droit l'exclusion ou la destitution de la tutelle, savoir, 1° la condamnation à une peine infamante, 2° la condamnation correctionnelle portant spécialement sur cet objet, elles opèrent de la même manière l'exclusion des conseils de famille (C. pén., art. 28, 34 et 42).—Dans le second cas, il faut, bien entendu, que la condamnation correctionnelle porte spécialement sur l'interdiction du droit de vote dans les assemblées de famille.

Ainsi, 1° condamnation à une peine infamante; 2° condamnation correctionnelle prononçant l'interdiction temporaire du droit de vote dans les conseils de famille; 3° exclusion ou destitution d'une tutelle : telles sont les seules causes d'*indignité* qui s'opposent à l'entrée ou au maintien d'un individu dans un conseil de famille.

Quant aux causes d'*incapacité*, qui sont au nombre de quatre, elles nous ont été indiquées par l'art. 442.

II.—240. L'une des causes qui écartent d'un conseil de famille pour indignité, c'est la destitution d'un tuteur. Mais il ne faut pas comprendre, sous ce nom de *destitution*, tous les cas dans lesquels le conseil de famille éloigne un tuteur pour en nommer un autre. Dans toute tutelle dative, le conseil de famille, dispensateur suprême du droit de tutelle, a le droit évidemment, si l'intérêt du pupille le demande, de changer un tuteur, quoiqu'il ne soit pas incapable et qu'aucun fait d'infidélité ne puisse lui être reproché; mais ce ne sera pas là une destitution. Dans la tutelle légale elle-même, nous avons vu (art. 395) le conseil de famille appelé à décider du droit de la mère quand celle-ci veut se remarier, et investi du pouvoir de lui retirer la tutelle s'il le juge nécessaire aux intérêts de l'enfant : or, il n'y a dans ce cas ni incapacité ni infidélité de la tutrice; ce n'est donc pas une destitution. De même, quand la mère se remarie sans consulter le conseil de famille, il peut assurément y avoir très-bonne foi de sa part, et il n'y a rien de commun entre ce cas et ceux où la loi prononce destitution de plein droit. Aussi l'art. 443 ne rappelle pas ce cas, et l'art. 395 dit seulement que la mère *perd* alors la tutelle.

Il n'y a donc exclusion ou destitution proprement dite que pour les causes indiquées dans notre section ou au Code pénal. Quant au tuteur auquel la tutelle est enlevée dans le cas de l'art. 421, il est clair qu'il

---

(1) *Conf.* Cass., 13 oct. 1807; Besançon, 25 août 1808; Rennes, 14 fév. 1810; Rouen, 17 nov. 1810; Caen, 15 janv. 1811; Rennes, 30 mai 1831.

est vraiment destitué, puisque c'est par sa fraude, pour son *dol* que la tutelle lui est retirée ; en sorte que, dans le peu de temps que sa gestion a duré, il a fait preuve d'*infidélité,* ce qui le place sous le coup de l'art. 444.

446. — Toutes les fois qu'il y aura lieu à une destitution de tuteur, elle sera prononcée par le conseil de famille, convoqué à la diligence du subrogé tuteur, ou d'office par le juge de paix.

Celui-ci ne pourra se dispenser de faire cette convocation, quand elle sera formellement requise par un ou plusieurs parents ou alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches.

241. L'article ne parle que de la destitution ; mais c'est aussi par le conseil de famille que se prononce l'exclusion, comme le prouvent les deux articles suivants. Seulement, dans ce cas d'exclusion, notre article ne sera pas toujours applicable ; le conseil ne pourra pas toujours être convoqué par le subrogé tuteur, car celui-ci pourrait bien ne pas exister encore. Ainsi, quand c'est pour le survivant même des père et mère qu'il y a lieu à l'exclusion, ou bien pour un ascendant ou un tuteur testamentaire qui se trouve appelé par le décès de ce survivant, mort avant d'avoir eu le temps de convoquer le conseil, il est clair qu'il n'existera pas de subrogé tuteur. Le juge de paix ne pourra donc alors convoquer un conseil que d'office, ou sur la réquisition des parents, ou sur la demande de créanciers ou autres parties intéressées (art. 421).

Au contraire, quand il s'agira d'une destitution, c'est-à-dire d'un tuteur déjà en exercice, il y aura toujours un subrogé tuteur.

447. — Toute délibération du conseil de famille qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur, sera motivée, et ne pourra être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur.

448. — Si le tuteur adhère à la délibération, il en sera fait mention, et le nouveau tuteur entrera aussitôt en fonctions.

S'il y a réclamation, le subrogé tuteur poursuivra l'homologation de la délibération devant le tribunal de première instance, qui prononcera sauf l'appel.

Le tuteur exclu ou destitué peut lui-même, en ce cas, assigner le subrogé tuteur pour se faire déclarer maintenu en la tutelle.

449. — Les parents ou alliés qui auront requis la convocation, pourront intervenir dans la cause, qui sera instruite et jugée comme affaire urgente.

I. — 242. L'art. 883 du Code de procédure indique, pour le mode suivant lequel peut être attaquée, devant le tribunal, une délibération du conseil de famille, une règle toute différente de celle présentée ici par l'art. 448. Plusieurs jurisconsultes, en se fondant sur ce que le

Code de procédure est postérieur au Code Napoléon, prétendent que cet article a dérogé au nôtre, et que c'est la règle par lui indiquée qui doit être suivie.

Ce sentiment nous paraît erroné. Cet art. 883 est fait, en général, pour les différents cas dans lesquels la délibération n'a pas été prise à l'unanimité; et il permet pour cela seul, aux tuteur, subrogé tuteur ou curateur, et au membres du conseil dont l'avis a été contraire à la délibération, d'en demander l'infirmation contre les membres qui ont pris la délibération, le tout dans l'intérêt de l'enfant (1). Ce n'est pas de ce cas que s'occupe notre art. 448 ; il s'agit ici d'un tuteur qui, dans son intérêt particulier et pour sauver son honneur, attaque, même dans le cas d'unanimité, la délibération qui le frappe d'exclusion ou de destitution. Alors même que la délibération n'est pas unanime, ce n'est pas sur cette circonstance qu'il fonde son action, mais bien sur ce qu'on le frappe injustement, selon lui, d'une mesure déshonorante. Le cas prévu est donc tout différent, et les deux articles doivent s'appliquer distributivement aux hypothèses distinctes qu'ils prévoient. Quant aux questions et observations de détail auxquelles peut donner lieu le texte des art. 883 et suivants du Code de procédure, c'est dans l'explication de ce Code qu'elles ont leur place naturelle; elles seraient ici un hors-d'œuvre.

Au reste, le tuteur n'aura besoin de se porter demandeur qu'autant que le subrogé tuteur n'aurait pas pris le devant en demandant de suite l'homologation, comme le veut le second alinéa de l'art. 448. Que s'il n'existait pas de subrogé tuteur, parce qu'il s'agirait de l'*exclusion* d'un tuteur légitime ou testamentaire arrivé à la tutelle avant l'existence même du conseil, et que le conseil formé par le juge de paix aurait négligé, en prononçant l'exclusion, de nommer de suite ce subrogé tuteur, le tuteur pourrait alors, mais dans ce cas seulement, intenter son action contre les membres du conseil de famille. Mais ce cas sera rare et ne pourrait d'ailleurs se réaliser que par contravention à la loi; car le conseil, en prononçant l'exclusion ou la destitution, doit nommer de suite le nouveau tuteur, et immédiatement après un subrogé tuteur, s'il n'en existe pas un (art. 448, alin. 1, et 422).

Dans tous les cas, l'affaire sera instruite comme urgente, c'est-à-dire sans préliminaire de conciliation devant le juge de paix (C. pr., article 49, 2°), et aussi sans l'emploi des écritures nécessaires dans les affaires ordinaires (*ibid.*, art. 404, alin. 5, 405 et suiv., 77 et 78).

II. — 243. Quand le tuteur exclu ou destitué réclame contre la délibération, sa réclamation, qui est une espèce d'appel de la sentence du conseil, en empêchera l'exécution, à moins que le conseil n'ait déclaré sa sentence exécutoire nonobstant la réclamation (C. pr., art. 135, 6°, et 457).

---

(1) Cet art. 883 du Code de procédure exige que, quand il n'y a pas unanimité, l'avis de chacun des membres soit exprimé au procès-verbal.

Si l'exécution provisoire n'est pas prononcée, l'ancien tuteur administrera jusqu'à la décision des tribunaux; dans le cas contraire, l'administration sera prise par le nouveau tuteur que le conseil a dû nommer par la même délibération (art. 448, alin. 1).

SECTION VIII.

DE L'ADMINISTRATION DU TUTEUR.

450. — Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils.

Il administrera ses biens en bon père de famille, et répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion.

Il ne peut ni acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille.

SOMMAIRE.

I. A qui appartient l'éducation et la garde du pupille.
II. Conséquence de la qualité de représentant donnée au tuteur. — Conséquence de son devoir d'administrer.
III. La cession que le tuteur accepte d'une créance sur le mineur est nulle, mais seulement entre ce mineur et lui. Conséquences. — Cette nullité ne peut pas s'étendre à d'autres cas.

I. — 244. Le tuteur est chargé par notre article de prendre soin de la personne du mineur; est-ce à dire que le droit d'éducation et de garde de l'enfant lui appartienne toujours nécessairement? Évidemment non; ce droit ne devient un attribut du pouvoir tutélaire que quand il n'existe plus de puissance paternelle. La raison dit assez que les père et mère, à moins qu'une circonstance exceptionnelle ne les rende incapables ou indignes, ont seuls le droit de diriger l'éducation de leurs enfants; c'est la nature même qui le veut ainsi, et le texte positif du Code nous le dit aussi. L'art. 372 déclare que l'enfant reste sous l'autorité des père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation, sans distinguer s'il est ou non en tutelle; et l'art. 381 accorde le droit de correction, non pas à la mère *tutrice légale,* mais à la mère *survivante.* Donc, quand le survivant des père et mère n'est pas tuteur, par quelque cause que cela arrive, et alors même qu'il serait exclu ou destitué, tant qu'il exerce la puissance paternelle, c'est à lui et non au tuteur qu'appartient le droit d'éducation avec ses corollaires, le droit de garde et le droit de correction.

Quand le survivant des père et mère est mort ou privé de l'exercice de la puissance paternelle, le droit d'éducation se réunit au pouvoir tutélaire; il ne passe jamais aux autres ascendants, en cette seule qualité, ainsi que le prouvent notre article et l'art. 468. Les art. 477 et 478 nous paraissent aussi révéler cette théorie de la loi. En effet, le droit d'émanciper l'enfant est évidemment une conséquence du droit de le

diriger et de conduire sa personne, du droit d'éducation, enfin. Or, la loi accorde ce droit d'abord aux père et mère, qu'ils soient ou non tuteurs (477); puis, à leur défaut, elle le donne, non pas au tuteur, mais bien au conseil de famille (478). Mais si le droit de garder et de diriger l'enfant devient alors un attribut naturel et régulier de la qualité de tuteur, on voit qu'il ne lui est pas *essentiel,* puisque, dans le cas prévu plus haut, le tuteur ne l'a pas. Ce droit pourra donc, accidentellement et par une exception fondée sur l'intérêt de l'enfant, être retiré au tuteur et attribué à tout autre. Le conseil de famille, établi juge des diverses questions d'intérieur; le conseil de famille, auquel le tuteur est soumis, soit quant aux sommes à employer pour l'éducation (art. 454), soit pour l'exercice complet du droit d'éducation (art. 468), pourrait, par exemple, confier à une aïeule non tutrice la garde de sa petite-fille, en laissant au tuteur l'administration des biens; sauf recours aux tribunaux, lesquels devraient aussi se décider par le plus grand intérêt de l'enfant (1).

Au reste, chez quelque personne que soit fixée la résidence de l'enfant, c'est toujours chez son tuteur que sera son domicile (art. 108).

II. — 245. Le tuteur étant fait par la loi le *représentant* du mineur, il peut donc, pour lui et en son nom, contracter, plaider et faire toute espèce d'actes. Tel est le principe, et l'on ne devra s'écarter de cette règle que pour les actes qu'un texte spécial prohibe ou soumet à certaines conditions.

Obligé d'administrer les biens en *bon père de famille* (2), il est donc responsable et de sa mauvaise gestion, et aussi, bien entendu, du défaut de gestion (3).

III. — 246. Des trois prohibitions portées par le dernier alinéa de l'article, et qui se fondent toutes trois sur ce qu'il faut éviter autant que possible l'opposition d'intérêts entre le tuteur et le pupille, il en est une sur les effets de laquelle les jurisconsultes ne s'accordent pas. « Le tuteur ne peut, dit la loi, accepter la cession d'aucun droit contre son pupille. » Mais qu'arrivera-t-il si, malgré la défense, le tuteur achète ou se fait céder de toute autre manière une créance dont le mineur est débiteur? La cession est nulle; mais l'est-elle absolument, en sorte que le cédant sera réputé n'avoir rien cédé et demeurera créancier; ou bien l'est-elle seulement entre le tuteur et le pupille, et dans l'intérêt de ce dernier?...

M. Zachariæ adopte la première opinion (t. I, p. 235); mais nous

---

(1) *Conf.* Paris, 24 pluv. an 12; Paris, 15 mess. an 12; Rouen, 5 mai 1814; Cass., 8 août 1815; Toullier (II, 1184); Duranton (III, 529).

(2) Ces expressions, que nous retrouvons plusieurs fois dans le Code, nous viennent des Romains et signifient *en propriétaire soigneux* (*voy.* t. I, Introduction au livre Ier, nº II).

(3) Bien qu'en principe la tutelle soit une charge gratuite, cependant les tribunaux peuvent, sans violer aucune loi, allouer une indemnité au tuteur pour frais de gestion. Cass., 18 avr. 1854, 14 déc. 1863 (Dev., 55, I, 120; 64, I, 21; Dall., 54, I, 387; 64, I, 63).

pensons, avec Toullier (II, 1232), Delvincourt et M. Duranton (III, 600), que la seconde donne la vraie pensée de la loi. En effet, le cédant, lui, qui n'était soumis à aucune prohibition, qui pouvait même ne pas connaître la qualité du tuteur, a passé avec celui-ci un contrat qu'il avait toute la faculté de former; de quel droit donc le tuteur cessionnaire viendrait-il demander contre lui la nullité de ce contrat? Entre eux, la cession doit produire ses effets; c'est entre le tuteur et le pupille qu'elle ne peut avoir d'efficacité. Quand le tuteur voudra se faire payer, c'est alors que le pupille, dans l'intérêt duquel la nullité existe, lui répondra que la cession est non avenue contre lui, et le tuteur sera puni de la fraude par lui faite à la loi par la perte de ce qu'il aura déboursé. Telle était la règle de la novelle 72, d'où cette disposition est tirée; et l'on ne peut pas s'étonner de cette rigueur, quand on voit l'article suivant prononcer en termes formels contre le tuteur une déchéance semblable pour une contravention qui n'est pas plus grave que celle-ci.

Toutefois, s'il était constant, d'une part, que le tuteur a agi de bonne foi, et, d'un autre côté, que la créance était bien réelle, nous pensons qu'on devrait payer au tuteur le prix qu'il aurait déboursé (lequel sera toujours au-dessous du chiffre de la créance). Ce ne serait pas comme *cessionnaire* qu'il recevrait ce prix, car à ce titre il aurait droit au montant intégral de la créance; ce serait à titre de *gérant d'affaires,* comme ayant fait utilement l'affaire du pupille et devant être indemnisé de ses dépenses (art. 1375). Il en était ainsi dans nos anciennes coutumes.

247. Au reste, cette règle étant une disposition pénale, elle ne doit être étendue à aucun autre cas que celui qu'elle prévoit. Par exemple, s'il s'agissait d'une dette à laquelle le tuteur était lui-même obligé, soit comme codébiteur solidaire, soit comme caution, il est clair que ce tuteur pourrait la payer, et qu'il aurait son recours ordinaire contre le mineur; ce n'est pas là se faire céder une créance, c'est tout simplement payer sa propre dette (1250, 3°). Il pourrait aussi, s'il était lui-même créancier hypothécaire du mineur, et qu'il fût primé par un autre créancier ayant une hypothèque antérieure à la sienne, payer ce créancier pour monter à sa place et assurer davantage par là le payement de sa propre créance (1251, 1°).

Il pourrait même payer de ses deniers, au nom et pour le compte de son pupille, la dette de celui-ci, en avançant ses fonds au pupille qui en manque. Il le pourrait, car ce n'est pas là une cession de créances, ce n'est pas là ce commerce, ce trafic de droits douteux que le Code a voulu proscrire; c'est un prêt fait au débiteur pour lui éviter des poursuites dispendieuses (art. 1251, 1°). Mais pourtant, comme ce cas, très-différent, *en droit,* du cas de cession, ne s'en distingue *en fait* que par l'intention du créancier et de celui qui le paye; comme on pourrait très-bien, sous les apparences d'un simple payement très-licite, cacher la cession défendue et le trafic de créances, il sera toujours prudent au tuteur, s'il ne veut s'exposer à aucun désagrément, de ne pas faire un

semblable payement sans consulter le conseil de famille et se faire autoriser par lui (1).

451. — Dans les dix jours qui suivront celui de sa nomination, dûment connue de lui, le tuteur requerra la levée des scellés, s'ils ont été apposés, et fera procéder immédiatement à l'inventaire des biens du mineur, en présence du subrogé tuteur.

S'il lui est dû quelque chose par le mineur, il devra le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance, et ce, sur la réquisition que l'officier public sera tenu de lui en faire, et dont mention sera faite au procès-verbal.

SOMMAIRE.

I. Mauvaise rédaction de l'article. Il s'applique à des tuteurs légitimes aussi bien qu'à des tuteurs nommés, mais seulement aux tuteurs appelés par suite de la mort d'une personne dont le pupille est héritier.
II. *Quid* de la déclaration relative aux créances, quand on ne dresse pas d'inventaire?
III. Tout tuteur doit faire dresser inventaire des successions échéant au mineur. — Effet du défaut d'inventaire.
IV. Cas où le délai de l'inventaire sera de trois mois au lieu de dix jours.
V. Le tuteur peut être dispensé de l'inventaire par la personne qui transmet des biens disponibles. — Remède au danger qui en résulte.

I. — 248. Cet article est on ne peut plus mal rédigé.

D'abord, il ne parle que du tuteur devenu tel par *nomination;* or, il est clair que ce n'est pas de celui-là seulement qu'il s'agit. Il fallait dire, d'une manière générale, *dans les dix jours qui suivront celui où il a dû entrer en fonctions* (*voy.* l'explic. de l'art. 418). Ce vice de rédaction est d'autant plus étrange, que cet article s'appliquera bien plus souvent à des tuteurs légitimes qu'à des tuteurs nommés.

En effet (et l'article présente sous ce rapport un second vice de rédaction, bien autrement grave que le premier), ce n'est pas lors de l'entrée en fonctions de tout tuteur qu'il y aura lieu de s'occuper de scellés et d'inventaire; c'est seulement quand il s'agira d'une tutelle à laquelle a donné lieu la mort d'une personne dont le mineur est héritier. Ainsi, quand la tutelle *s'ouvre,* c'est-à-dire quand l'enfant s'y trouve soumis pour la première fois, par la mort de l'un de ses père et mère, c'est le cas d'appliquer l'art. 819, qui veut qu'on pose les scellés toutes les fois qu'il s'ouvre une succession à laquelle se trouvent appelés un ou plusieurs mineurs. Il en est de même quand le mineur voit mourir le survivant de ses père et mère, tuteur légal, à la succession duquel il est aussi appelé. Il en serait de même encore si la tutelle était devenue vacante par la mort d'un ascendant tuteur légitime, dont le mineur est héritier. Dans tous ces cas, le tuteur, quel qu'il soit, légitime, testa-

(1) La défense faite au tuteur de se rendre cessionnaire de créances contre son pupille ne s'applique pas au père administrateur des biens de ses enfants mineurs pendant la durée du mariage. Bordeaux, 3 janv. 1849 (Dev., 52, II, 304).

mentaire ou datif, doit, si le scellé n'a pas été posé, le faire apposer de suite; que si l'apposition a eu lieu, comme notre alinéa le suppose, il n'aura plus à s'occuper que de sa levée. Or, la levée du scellé, soit que l'apposition ait été faite sur la demande du tuteur, soit qu'elle fût déjà réalisée lors de son entrée en fonctions, doit toujours être accompagnée d'un inventaire (C. pr., art. 928). — On voit qu'il ne serait pas exact de dire, comme M. Zachariæ (I, p. 220), qu'il n'y a lieu d'appliquer notre article que quand le mineur *est soumis à la tutelle pour la première fois*. Ceci pèche par trop de restriction, comme l'article par trop de généralité. Sans doute l'article s'applique *toujours* à un premier tuteur; mais il s'applique aussi quelquefois à d'autres.

Que si le défunt dont le mineur est héritier n'a rien laissé, au lieu d'un inventaire on dresse un procès-verbal de carence (*carere,* manquer; art. 924 C. pr.).

Quand, au contraire, le nouveau tuteur remplace un autre tuteur, soit décédé, soit excusé ou destitué, mais dont l'enfant n'est pas héritier, il est clair qu'il n'y a ni scellés à faire poser ou lever, ni inventaire à faire dresser. Le tuteur n'a alors qu'à recevoir, du tuteur précédent ou de ses représentants, en présence du subrogé tuteur, le compte de ce tuteur précédent. Ce compte, qui aura nécessairement pour base l'inventaire que le précédent tuteur a fait faire, fera connaître l'état du patrimoine de l'enfant, et servira de base au compte futur du tuteur qui le reçoit.

Quand le tuteur nouveau remplace un tuteur dont le pupille est héritier, on conçoit qu'il y a lieu tout à la fois et à l'inventaire et à la réception du compte : tous deux sont nécessaires pour faire connaître tout le patrimoine de l'enfant.

II. — 249. Le tuteur qui fait procéder à l'inventaire dans le cas où il est requis, doit, sur la demande qu'est obligé de lui adresser le notaire rédacteur, déclarer les créances qu'il peut avoir sur le mineur; celles qu'il ne déclarerait pas se trouveraient éteintes de plein droit. Que si le notaire avait omis de faire l'interpellation, comme ce serait lui et non plus le tuteur qui serait en contravention à la loi, ce serait contre lui que le mineur aurait action pour le forcer de prendre à sa charge celles des créances sur la sincérité desquelles il s'élèverait des doutes (1).

Cette précaution de la loi n'étant indiquée que pour le cas où le tuteur doit faire faire inventaire, que deviendra-t-elle lorsqu'il n'y a pas lieu à la rédaction de cet inventaire?... Il est évident que, dans l'esprit de la loi, elle doit être prise dans un cas comme dans l'autre ; le danger que la loi a prévu, l'abus qu'un tuteur pourrait faire des titres du pupille pour réclamer une seconde fois des créances déjà payées, sont également à craindre. Ce tuteur devra donc, lors de la reddition des comptes, faire connaître, sous peine de déchéance également, les

(1) *Conf.* Nancy, 23 juin 1851 (Dev., 51, II, 711; Dall., 52, II, 84).

créances qu'il peut avoir, et ce, sur la réquisition que devrait lui en faire le subrogé tuteur.

III. — 250. L'entrée en fonctions d'un tuteur appelé par suite du décès d'une personne à laquelle l'enfant succède n'est pas le seul cas où la rédaction d'un inventaire soit nécessaire; il est clair que si dans le cours de la gestion d'un tuteur, quel qu'il soit, une succession échoit au pupille, c'est à ce tuteur à faire poser les scellés (C. pr., art. 910, alin. 2; art. 911, 1°) et à s'occuper de leur levée et de la rédaction de l'inventaire (*ibid.*, art. 930 et 941).

Maintenant, quel sera l'effet du défaut d'inventaire, soit dans le cas qui nous occupe, soit dans le cas du n° I?... Ce sera d'autoriser le mineur ou ses représentants à prouver contre le tuteur la valeur des choses qui devaient être inventoriées, soit par les titres quelconques qu'ils pourraient se procurer, soit par témoins, soit même par *commune renommée* (1). Telle est la règle que porte expressément l'art. 1442 pour le défaut d'inventaire des biens communs par l'époux survivant, et cette règle n'est que l'application du droit commun consacré par les articles 1348 et 1353. En effet, l'art. 1348 permet de prouver par témoins, toutes les fois que le créancier n'a pas pu se procurer une preuve par écrit; or, ici, le pupille ne pouvait pas se procurer lui-même l'écrit, l'inventaire que le tuteur devait lui donner et ne lui a pas donné. D'un autre côté, l'art. 1353 permet aux juges de se décider par de simples présomptions abandonnées à leurs lumières, c'est-à-dire même par de simples *on dit,* dans les cas où la preuve testimoniale est admise.

IV. — 251. La loi n'accorde au tuteur, pour faire lever les scellés et commencer l'inventaire, qu'un délai de dix jours; mais il est un cas où cette règle ne s'appliquera pas. C'est celui où le tuteur est le survivant des père et mère mariés en communauté. Alors, en effet, l'obligation d'inventorier résultant de la qualité de tuteur disparaît et s'efface devant l'obligation identique découlant de la qualité d'époux survivant; tellement que si le survivant n'était pas tuteur (parce qu'il refuse, si c'est la mère, ou qu'il se fait excuser), ce serait toujours lui, et non le tuteur, qui ferait faire l'inventaire, d'après l'art. 1442. La règle de notre article sera donc remplacée alors par celle de cet article 1442, qui punit le défaut d'inventaire d'un manière bien plus sévère (par la perte de l'usufruit légal), mais qui aussi, par son silence, laisse le survivant, quant au délai de l'inventaire, sous l'empire du droit commun, d'après lequel le délai des inventaires est de trois mois (articles 795 et 1456).

V. — 252. C'est une question délicate que celle de savoir si un tuteur peut être dispensé de l'obligation d'inventorier par la personne qui

---

(1) On appelle proprement preuve *par témoins* celle faite par des personnes qui affirment positivement les faits allégués; on appelle preuve *par commune renommée* celle consistant dans de simples présomptions tirées de *ouï-dire,* de bruits répandus dans le monde : *on dit* que le défunt avait un revenu de tant...; *il paraît* que son mobilier valait tant...; *tout le monde pensait* que son numéraire montait à tant, etc.

transmet les biens à l'enfant, alors que l'enfant n'est pas héritier réservataire de ces biens. Quand il s'agit de biens réservés, il est clair que l'héritier, qui a sur eux un droit indépendant de la volonté du disposant, peut rejeter toutes les conditions auxquelles celui-ci voudrait soumettre la transmission. La question ne se présente donc que pour les biens disponibles.

Pour la négative, on dit qu'un inventaire est de nécessité, d'ordre public, comme étant indispensable pour servir de base au compte que le tuteur doit rendre, sans que rien puisse l'y soustraire... S'il en était ainsi, si cet inventaire était indispensable à la reddition du compte du tuteur, nous n'hésiterions pas à adopter ce sentiment. Mais il est un autre moyen de donner une base au compte du tuteur et de faire que sa responsabilité ne soit pas un vain mot; et c'est parce que ce moyen conduit au même résultat qu'un inventaire, que nous déciderons, en principe, avec Delvincourt et M. Duranton, que la dispense de l'inventaire est permise. Ce moyen résulte de l'art. 470, qui permet au conseil de famille d'exiger du tuteur des états de situation de sa gestion. Lors donc qu'un testament attribuera des biens à l'enfant avec dispense pour le tuteur de les inventorier, le conseil devra exiger de suite un état de situation qui lui fasse connaître la position nouvelle du patrimoine du mineur.

On voit que si nous délions le tuteur d'un côté, c'est parce que, de l'autre, il reste lié par une règle à laquelle rien ne peut le soustraire.

452. — Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, le tuteur fera vendre, en présence du subrogé tuteur, aux enchères reçues par un officier public, et après des affiches ou publications dont le procès-verbal de vente fera mention, tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature.

253. Cet article, évidemment, devra s'appliquer aux deux cas dans lesquels le tuteur doit faire dresser un inventaire, c'est-à-dire quand la succession échoit au mineur dans le cours de la gestion du tuteur, aussi bien que quand ce tuteur entre en fonctions par suite de l'ouverture de la succession. La raison est la même dans les deux cas; dans les deux cas, il importe de transformer en capitaux productifs des objets qui pourraient se déprécier, ou qui, en tout cas, ne produiraient rien.

Le motif qui a fait porter cet article, et que nous venons d'indiquer, fait assez comprendre qu'il faudrait se garder d'interpréter cette disposition d'après l'art. 533. D'après ce dernier article, le mot *meubles,* employé seul et sans autre désignation, ne comprend pas les pierreries, les livres, les médailles, le linge de corps, les armes, les grains, foins et autres denrées, etc., etc. Si l'on suivait cette règle d'interprétation, il faudrait garder précieusement pour cette jeune fille de quatre ans les trois mille volumes d'ouvrages de droit que son vieil oncle, avocat ou juge, lui a laissés, au lieu d'en faire six ou sept mille francs pour les

placer à intérêt; il faudrait lui conserver avec soin, pendant dix-sept années, les blés, les orges que son père, cultivateur, avait engrangés quelques mois avant sa mort; et ainsi du reste!... Nous verrons plus tard quelle peut être la valeur des singulières définitions données par les art. 533 et 535; qu'il nous suffise ici de cette règle de notre article, que le tuteur devra faire vendre tout ce que le conseil de famille ne l'autorisera pas à garder en nature.

Toutefois, il est des biens qui sont *meubles* aussi et pour la conservation desquels on n'attendra certainement pas l'autorisation; le tuteur n'aura sans doute pas l'idée de faire crier aux enchères les pièces de cinq francs, les billets de banque, les lettres de change, les rentes sur l'État ou sur des particuliers. Les meubles dont il s'agit dans l'article sont seulement les meubles *corporels* dont la conservation serait nuisible ou moins utile aux intérêts du mineur (1).

Le tuteur qui ne ferait pas vendre les meubles, ou qui n'en ferait vendre qu'une partie, serait responsable vis-à-vis du mineur de tout ce que le défaut de vente ferait perdre ou empêcherait de gagner.

453. — Les père et mère, tant qu'ils ont la jouissance propre et légale des biens du mineur, sont dispensés de vendre les meubles, s'ils préfèrent de les garder pour les remettre en nature.

Dans ce cas, ils en feront faire, à leurs frais, une estimation à juste valeur, par un expert qui sera nommé par le subrogé tuteur et prêtera serment devant le juge de paix. Ils rendront la valeur estimative de ceux des meubles qu'ils ne pourraient représenter en nature.

I. — 254. Quand le survivant des père et mère n'a pas l'usufruit légal des biens de l'enfant, il est sur la même ligne que tout autre tuteur et reste soumis à la règle de l'article précédent, encore qu'il soit tuteur légitime. Mais quand il a l'usufruit des biens, ne fût-il que tuteur datif (après avoir perdu la tutelle légitime), ou fût-il même entièrement étranger à la tutelle, il a la faculté, par son titre même d'usufruitier, et comme tout autre usufruitier pourrait le faire, de conserver en nature, pour les rendre à la fin de l'usufruit dans l'état où ils se trouveront, les meubles qui ne se consomment pas par le premier usage qu'on en fait (art. 589). Et, puisque c'est une des conséquences légales du droit d'usufruit, il s'ensuit que tout tuteur qui se trouverait être usufruitier des meubles appartenant à l'enfant aurait exactement le même droit que l'usufruitier légal. Quand arrivera la fin de l'usufruit, le tuteur usufruitier, comme tout autre usufruitier, rendra les meubles

(1) Nous n'avons pas besoin de faire observer que, dans telles circonstances données, le conseil de famille devra conserver des meubles qu'il faudrait laisser vendre dans d'autres cas. Ainsi, que la succession du vieil avocat dont nous parlons au texte arrive, non pas à une jeune fille, mais à un jeune homme de dix-sept ans, étudiant déjà le droit et se destinant au barreau, il est clair qu'il sera bon de lui conserver la bibliothèque de son oncle.

dans l'état où ils seront, pourvu qu'ils ne soient pas détériorés par sa faute, cas auquel il répondrait de la détérioration (art. 589).

Que s'ils n'existent plus, il faut faire une distinction que n'indique pas notre article : il faut distinguer si l'usufruitier prouve ou non que la chose a péri par cas fortuit. S'il ne fait pas cette preuve, il est réputé l'avoir fait périr ou laissé périr par sa faute, ou même l'avoir vendue à son profit, et il en doit l'estimation; c'est ce que disent notre article et l'art. 950. Mais s'il établit que la chose a péri par cas fortuit, il ne répond pas plus de cette perte qu'il ne répond de la détérioration survenue sans sa faute; et comme débiteur de choses déterminées, il est libéré par la perte de la chose (art. 1301).

Quant aux meubles dont on ne peut faire usage sans les consommer, le tuteur usufruitier en devient propriétaire, sauf à lui, à la fin de l'usufruit, d'en payer l'estimation ou de rendre des choses de même nature et de même qualité en pareille quantité (art. 582).

La seule différence qu'il y ait ici entre le tuteur usufruitier légal et celui qui ne serait qu'usufruitier ordinaire, c'est que celui-ci ne peut conserver les meubles en nature qu'au moyen de la caution qu'il doit fournir; sans elle, on les vendrait pour en placer le prix, dont l'usufruitier aurait l'intérêt (art. 602, alin. 3; 603). Ceci n'aura pas lieu pour l'usufruitier légal, lequel, on le sait, est dispensé de donner caution (art. 601).

II. — 255. L'estimation qui aura lieu dans le cas de notre article, laquelle sera, comme de raison, aux frais de l'usufruitier, puisque c'est son droit d'usufruit qui y donne lieu, devra, dit la loi, être faite *à juste valeur;* d'autres articles (825; C. pr., 943, 3°, etc.) répètent que l'estimation des meubles doit se faire *à juste valeur* ET SANS CRUE, *à juste prix et sans crue*. Mais une estimation ne doit-elle pas toujours se faire à juste valeur, sans qu'il soit nécessaire de le dire?... L'explication de ces textes est tout historique.

Un édit de février 1556 rendait les experts-estimateurs garants de leur prisée, et permettait de laisser à leur compte les meubles qu'on ne trouvait pas à vendre au prix par eux indiqué. De là, chez les experts, l'habitude d'estimer les objets au-dessous de leur valeur réelle, et par suite, l'usage, chez ceux qui faisaient estimer, d'ajouter au prix indiqué une partie aliquote (ordinairement un quart) qu'on appelait *crue*. C'est là ce que le législateur a voulu supprimer, en ordonnant d'estimer toujours les choses à leur prix réel, sans que l'expert soit responsable de son estimation.

454. — Lors de l'entrée en exercice de toute tutelle, autre que celle des père et mère, le conseil de famille réglera par aperçu, et selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle d'administration de ses biens.

Le même acte spécifiera si le tuteur est autorisé à s'aider, dans sa

gestion, d'un ou plusieurs administrateurs particuliers, salariés, et gérant sous sa responsabilité.

455. — Ce conseil déterminera positivement la somme à laquelle commencera, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense : cet emploi devra être fait dans le délai de six mois, passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'emploi.

456. — Si le tuteur n'a pas fait déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle doit commencer l'emploi, il devra, après le délai exprimé dans l'article précédent, les intérêts de toute somme non employée, quelque modique qu'elle soit.

SOMMAIRE.

I. Ces trois articles ne s'appliquent pas aux père et mère ayant la jouissance légale des biens de l'enfant. — Pourquoi.

II. Développement sur ces articles. — Les deux derniers s'appliquent à toutes les sommes appartenant au mineur, de quelque source qu'elles proviennent. — C'est au conseil de déterminer le mode de l'emploi.

III. Le tuteur doit, même pendant les six mois, l'intérêt des sommes dont il se sert et de celles dont il serait débiteur. Transition aux articles suivants.

I. — 256. Ces trois articles, d'après les termes de la loi, ne s'appliquent pas à la tutelle des père et mère; on le voit et par la déclaration formelle du premier, avec lequel les deux autres s'enchaînent, et aussi par l'opposition que présente immédiatement l'art. 457, en nous disant que tout tuteur, *même le père ou la mère,* subira la règle de ce dernier. Donc, dans la tutelle des père et mère, le conseil de famille n'aura ni à fixer la somme qui peut être dépensée annuellement pour l'enfant et pour l'administration de ses biens, ni à décider si le tuteur peut se faire aider dans sa gestion, ni à déterminer la somme à laquelle commencera l'obligation de placer les économies faites.

Mais maintenant, est-ce toujours et absolument que les père et mère sont dispensés de ces formalités? Non, évidemment; c'est seulement, comme le dit l'article précédent, *tant qu'ils ont la jouissance propre et légale des biens du mineur*. L'art. 453 parle des père et mère ayant la jouissance; nos art. 454, 455 et 456 parlent, par opposition, des tuteurs *autres que ces père et mère* (*ayant la jouissance*), et aussi dès lors des père et mère qui n'auraient pas cette jouissance.

Et en effet, quand il s'agit de la tutelle de parents ayant l'usufruit des biens de l'enfant, il ne peut pas être question d'indiquer la fraction de revenus qui doit être appliquée aux dépenses annuelles et au delà de laquelle on doit capitaliser pour l'enfant, puisque tous ces revenus appartiennent à l'usufruitier. Il ne peut pas être question non plus, pour le conseil de famille, de discuter si le tuteur pourra s'aider ou non d'agents salariés, puisque l'administration se faisant pour son compte, c'est son affaire à lui de payer des agents, s'il juge à propos d'en prendre.

II. — 257. Quand le tuteur n'est pas le père ou la mère, ou même

quand c'est l'un d'eux, mais qu'il n'a pas l'usufruit légal, il est soumis aux règles de notre article. Ainsi, il doit d'abord faire déterminer par le conseil de famille quelle somme pourra être employée chaque année 1° pour les besoins personnels de l'enfant; 2° pour l'administration des biens. C'est dans ce second objet que rentre le point de savoir si le tuteur pourra se faire aider par des agents payés aux frais du pupille. Le tuteur qui gérerait sans faire régler ces différents points, s'exposerait à voir rejeter comme excessives une partie de ses dépenses.

Après avoir fixé la portion de revenus qui peut être dépensée, le conseil de famille déterminera la somme à laquelle commencera l'obligation de faire l'emploi, le placement de l'excédant; et le tuteur devra réaliser ce placement dans les six mois à partir du jour où la somme se trouvera complétée entre ses mains. A partir de l'expiration des six mois, si la somme n'était pas placée, les intérêts en courraient contre lui au profit du mineur. Le tuteur qui n'aurait pas eu soin de faire fixer cette somme serait obligé de faire le placement de toute somme, si modique qu'elle fût, dans les six mois à partir du jour où elle aurait été disponible entre ses mains; à défaut de placement, il en devrait également l'intérêt. Que si, dans l'un ou l'autre cas, le tuteur avait placé les sommes avant les six mois, ce serait du jour même du placement que l'intérêt courrait pour le pupille : et s'il était prouvé qu'il voulait tenir l'emploi caché pour s'en approprier le produit, il pourrait être destitué pour infidélité (art. 444).

La loi ne parle pas des capitaux trouvés comptant à l'ouverture de la tutelle, ou reçus pendant son cours, soit par le remboursement d'une somme due, soit par l'arrivée d'une succession ou donation; elle ne parle pas non plus du prix des meubles vendus dans les cas expliqués sous l'art. 452. Il est clair, par l'analogie de nos articles, que c'est aussi dans les six mois à partir du jour où l'argent s'est trouvé dans la main du tuteur que celui-ci doit le placer.

Dans tous les cas, c'est au conseil de famille qu'il appartient, en précisant la somme pour laquelle l'emploi devient nécessaire, de déterminer le mode de cet emploi : il dira s'il doit se faire en acquisition d'immeubles, ou achat de rentes sur l'État ou sur particuliers, en prêts à intérêt sur hypothèques. Que si le conseil n'a rien déterminé à cet égard, le tuteur trouve dans son droit d'administration (art. 450) le pouvoir (et le devoir) de choisir lui-même le mode du placement (1); sauf, bien entendu, sa responsabilité de tout emploi mauvais, lorsqu'il y aura quelque négligence ou imprudence à lui reprocher, car il y a alors *mauvaise gestion* (art. 450 et 1383).

---

(1) Le tuteur peut valablement acheter des immeubles à crédit pour le compte de son pupille, sans y avoir été autorisé par le conseil de famille, si ces acquisitions sont commandées par les nécessités d'une bonne administration. Cass., 5 janv. 1863 (Dev., 63, I, 9; Dall., 63, I, 77). *Contrà :* Demolombe (VII, n° 677); Aubry et Rau (I, p. 412, note 57). — Jugé encore qu'un placement chirographaire entre les mains d'un notaire peut, suivant les circonstances, être considéré comme un emploi suffisant, et que le tuteur peut n'être pas responsable de l'insolvabilité de l'emprunteur survenue depuis le placement. Cass., 10 déc. 1851 (Dev., 52, I, 727).

III. — 258. Le tuteur qui, avant l'échéance des six mois donnés par la loi pour chercher un placement convenable, aurait employé l'argent du pupille pour son propre usage, en devrait l'intérêt à compter du jour où il s'en est servi; c'est un placement fait en ses propres mains (art. 1996). Il en serait de même du tuteur qui, débiteur de son pupille, n'aurait pas mis en caisse les sommes qu'il lui devait, à partir de l'échéance; car, à partir de ce jour, *debuit a semetipso exigere,* et il est vrai de dire qu'il s'est servi de l'argent de l'enfant.

Ce principe entraîne des conséquences remarquables. Ainsi, alors même qu'il s'agirait d'une dette prescriptible contre l'enfant (en règle générale, la prescription ne court pas contre les mineurs; mais il y a exception pour ce qu'on appelle les petites prescriptions, celles qui s'accomplissent par moins de dix ans : art. 2252 et 2278), le tuteur débiteur ne pourrait jamais la prescrire, puisqu'il a été *obligé,* comme tuteur, d'agir contre lui-même avant la prescription acquise; en sorte qu'il devrait à titre de dommages-intérêts, pour défaut de gestion, ce qu'il aurait prescrit comme débiteur ordinaire. Et puisque c'est comme tuteur qu'il devrait désormais, il s'ensuit que la dette qui aurait été d'abord simplement chirographaire deviendrait hypothécaire, puisque l'hypothèque légale garantit toutes les créances que la gestion fait naître pour le pupille.

259. La partie de cette section qui nous reste à expliquer (art. 457 à 467) nous indique les actes de gestion que le tuteur, tout représentant qu'il est du mineur, ne peut cependant pas faire par sa seule autorité. Parmi ces actes, il en est pour lesquels il suffit de l'autorisation du conseil de famille (art. 461 à 464); pour les autres, il faut l'intervention de la justice.

457. — Le tuteur, même le père ou la mère, ne peut emprunter pour le mineur, ni aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles, sans y être autorisé par un conseil de famille.

Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident.

Dans le premier cas, le conseil de famille n'accordera son autorisation qu'après qu'il aura été constaté, par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants.

Le conseil de famille indiquera, dans tous les cas, les immeubles qui devront être vendus de préférence, et toutes les conditions qu'il jugera utiles.

260. L'indication que le dernier alinéa exige pour les immeubles à vendre sera nécessaire aussi pour la constitution d'hypothèque; si notre article ne le dit pas, c'est que, quand on a rédigé et décrété notre titre, on ne savait pas encore quel système hypothécaire on adopterait : la pensée des rédacteurs s'est portée tout naturellement sur l'ancienne

jurisprudence, d'après laquelle l'hypothèque frappait toujours sur tous les immeubles du débiteur. Le Code voulant, au contraire (art. 2129), que l'hypothèque établie par convention ne frappe que l'immeuble ou les immeubles spécialement désignés, il est clair que ce sera au conseil de famille à faire la désignation.

La rente ou la cession d'hypothèque que le tuteur ferait sans les conditions exigées par notre article et l'article suivant seraient nulles, puisqu'en dehors de ces conditions le tuteur n'a plus la capacité légale de représenter le mineur pour ces actes. Il n'en serait pas absolument de même de l'emprunt; nul sous un rapport, il pourrait se trouver valable pour une autre chose. En effet, le mineur ne serait pas obligé dans le principe même de l'acte; mais si l'argent emprunté lui avait vraiment profité, il se trouverait obligé par suite de *gestion d'affaire*, d'après l'art. 1375, qui veut que celui dont l'affaire a été bien administrée remplisse les engagements que le gérant a contractés en son nom (1).

458. — Les délibérations du conseil de famille relatives à cet objet, ne seront exécutées qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal de première instance, qui y statuera en la chambre du conseil, et après avoir entendu le procureur impérial.

261. D'après l'art. 885 du Code de procédure, le tribunal auquel l'homologation est demandée doit statuer sur le *rapport* de l'un des juges, et l'art. 111 du même Code veut que tout rapport se fasse *à l'audience;* faut-il en conclure que ce Code déroge à notre article, et que c'est en effet à l'audience, et non à la chambre du conseil, que leur jugement devra être rendu? Nous ne le pensons pas : notre article est spécial pour le cas qu'il prévoit, et à ce titre sa disposition doit l'emporter : *specialia generalibus derogant.* Le législateur a pensé avec raison qu'il serait souvent nuisible aux intérêts du mineur de publier ainsi en pleine audience le secret de ses affaires. Tout ce que pourrait permettre l'esprit de la loi, ce serait d'entendre en la chambre du conseil la lecture du rapport, la discussion de la question, les conclusions du ministère public, et de venir ensuite à l'audience pour le prononcé du jugement, lequel ne devrait présenter que ce motif unique : « Attendu qu'il y a juste motif (d'aliéner, d'hypothéquer ou d'emprunter), le tribunal homologue, etc. » C'est ce qui se pratique pour les autorisations de femmes mariées (2).

---

(1) Le tribunal doit se borner, si la vente ou les conditions sous lesquelles elle est autorisée ne lui paraissent pas admissibles, à refuser l'homologation; il ne peut substituer d'office d'autres mesures à celles qui ont été adoptées par le conseil de famille, notamment ordonner la vente d'autres immeubles que ceux désignés dans la délibération, ou réduire la quotité des biens à vendre à un chiffre inférieur aux dettes, et ordonner un emprunt pour payer le surplus. Cass., 9 fév. 1863 (Dev., 63, I, 113; Dall., 63, I, 85).

(2) *Voy.* Cass., 28 juin 1859 (Dev., 59, I, 753; Dall., 59, I, 299); Cass., 25 mars 1861 (Dev., 61, I, 673; Dall., 61, I, 202).

459. — La vente se fera publiquement, en présence du subrogé tuteur, aux enchères qui seront reçues par un membre du tribunal de première instance, ou par un notaire à ce commis, et à la suite de trois affiches apposées, par trois dimanches consécutifs, aux lieux accoutumés dans le canton.

Chacune de ces affiches sera visée et certifiée par le maire des communes où elles auront été apposées.

460. — Les formalités exigées par les articles 457 et 458, pour l'aliénation des biens du mineur, ne s'appliquent point au cas où un jugement aurait ordonné la licitation sur la provocation d'un copropriétaire par indivis.

Seulement, et en ce cas, la licitation ne pourra se faire que dans la forme prescrite par l'article précédent : les étrangers y seront nécessairement admis.

SOMMAIRE.

I. L'autorisation du conseil (ni dès lors son homologation) n'est pas nécessaire quand la vente est forcée, ce qui a lieu dans la licitation demandée contre le mineur et dans l'expropriation contre lui.
II. Règles sur la vente des meubles.
III. Règles pour la passation des baux.

I. — 262. Quand un immeuble appartient en commun à plusieurs copropriétaires, et que, sur la demande de partage formée par l'un d'eux, on reconnaît qu'il ne peut pas se diviser, il y a lieu de le vendre aux enchères pour en partager le prix. Cette vente aux enchères pour impossibilité de partage se nomme *licitation* (art. 1686).

Or, un copropriétaire a toujours le droit de sortir d'indivision (article 815), il peut toujours contraindre au partage, ou à la licitation, si le partage n'est pas possible. Donc, quand c'est la poursuite d'un copropriétaire qui amène la licitation du bien du mineur, cette licitation, cette vente, est forcée pour le mineur ; et, par conséquent, il n'y a pas lieu de débattre le point de savoir s'il y a ou non utilité de vendre. Mais maintenant, puisque la délibération du conseil de famille et son homologation, exigées par les art. 457 et 458, n'ont pour but que de constater l'utilité de la vente, il n'y a donc pas lieu de les demander ici. C'est, en effet, ce que déclare notre article.

Il en serait autrement si la demande en partage était formée par le mineur. Comme alors ce mineur ne serait plus forcé de liciter, un jugement ordonnant la licitation ne serait possible que sur l'avis conforme du conseil de famille et avec homologation de la délibération de ce conseil ; c'est-à-dire qu'on appliquerait alors les art. 457 et 458. Au reste, dans le cas même où la licitation est forcée pour le mineur, parce qu'elle est poursuivie contre lui, la loi exige toujours les formes protectrices indiquées par l'article précédent, et pour prévenir toute fraude de la part des copropriétaires du mineur, elle veut que les tiers soient admis à se porter enchérisseurs. Quand tous les colicitants sont majeurs

et maîtres de leurs droits, l'admission des étrangers est facultative pour chacun d'eux (art. 1687).

Un autre cas où la vente des immeubles est forcée, et dans lequel, dès lors, le tuteur n'a pas besoin de la famille pour consentir à cette vente, c'est celui d'expropriation poursuivie par un créancier. La seule faveur que la loi accorde alors au mineur, c'est de ne permettre au créancier cette expropriation des immeubles qu'après qu'il aura *discuté* le mobilier; c'est-à-dire qu'il doit poursuivre le remboursement de sa créance sur ce mobilier d'abord, et qu'il ne peut atteindre les immeubles qu'en cas d'insuffisance des meubles (art. 2206). Cette discussion du mobilier n'est pas même nécessaire, 1° quand la dette est commune au mineur et à un majeur qui est avec lui copropriétaire de l'immeuble; 2° quand la poursuite d'expropriation a commencé contre un majeur auquel le mineur a succédé (art. 2207).

II. — 263. Les quatre articles ci-dessus ne parlent que de la vente des immeubles. Quant aux meubles, nous avons vu que pour les meubles *corporels* il y a, pour le tuteur, non pas seulement faculté, mais obligation de les vendre; à moins que le conseil de famille n'ait ordonné de les conserver en nature, cas auquel disparaîtraient et l'obligation et même la faculté d'aliéner. Pour ce qui est des meubles incorporels, savoir les rentes sur l'État ou sur des particuliers, les créances, les actions dans des compagnies de finance, de commerce ou d'industrie (art. 629), le Code reste muet, et le tuteur trouve dans sa qualité de représentant du mineur le droit de les aliéner, sans avoir besoin de demander une autorisation qu'aucun texte n'exige.

C'est là un droit qui paraît bien dangereux entre les mains du tuteur; mais le danger n'est pas aussi grand qu'il semble au premier coup d'œil. Et d'abord, pour les rentes sur l'État, une exception formelle au principe est écrite dans l'art. 3 de la loi du 24 mars 1806, qui ne permet le transport des inscriptions dépassant cinquante francs de rente qu'avec l'autorisation du conseil de famille (1). Quant aux rentes sur particuliers, créances et autres droits mobiliers, le correctif du mal se trouve dans ce que le tuteur ne trouvera probablement jamais une personne qui veuille acheter un droit d'une certaine importance sans demander des garanties, et la première garantie à présenter sera l'autorisation du conseil (2).

III. — 264. Parmi les actes d'administration que le tuteur peut faire sans autorisation, la loi range la confection et le renouvellement des baux. L'art. 1718 déclare que les règles tracées par les art. 1429 et 1430, pour les baux des biens de femmes mariées en communauté,

---

(1) Un décret du 25 septembre 1813 étend cette règle aux actions de la Banque (lesquelles sont toutes de 50 fr.). Le tuteur a besoin de l'autorisation pour aliéner plusieurs actions ou des fractions dont la réunion dépasserait une action entière. — L'autorisation du conseil n'est pas soumise à l'homologation du tribunal. Paris, 24 déc. 1860 (Dev., 61, II, 348).

(2) *Conf.* Nîmes, 15 déc. 1853 (Dev., 54, II, 332). *Contrà*, au cas où la cession constituerait un emprunt au profit du tuteur : Cass., 12 déc. 1855 (Dev., 56, I, 97; Dall., 56, I, 18).

sont applicables aux baux des biens de mineurs. Or, d'après ces articles, le mari ne doit consentir de baux de biens de sa femme que pour neuf ans au plus; et il ne peut les renouveler que trois ans d'avance, au plus, pour les biens ruraux, et deux ans d'avance pour les maisons. Il en sera donc ainsi pour le tuteur.

Mais il ne faudrait pas pousser plus loin l'assimilation du mari et du tuteur; et il ne faudrait pas croire que toutes les idées de ces deux articles 1429 et 1430 soient applicables ici. D'après ces articles, quand le mari a fait, pour les biens de sa femme, un bail de plus de neuf ans, ou qu'il l'a renouvelé plus de deux ou trois ans d'avance, le bail ne peut jamais être critiqué tant que la communauté dure; c'est seulement quand cette communauté est dissoute et que la femme a recouvré l'administration de ses biens, que l'annulation du bail peut être demandée. Il n'en serait pas ainsi des baux consentis par le tuteur en dehors de ses pouvoirs; il ne serait pas nécessaire d'attendre la fin de la tutelle pour les critiquer, et la nullité en pourrait être demandée par le tuteur même qui les a consentis (1).

En effet, le mari commun en biens n'est pas seulement, quant aux immeubles de sa femme, le représentant de celle-ci pour l'administration, il a, de plus, un droit à lui propre; il est, comme chef de la communauté à laquelle appartiennent les revenus de ces immeubles, usufruitier de ces immeubles (art. 1401, 2°, et 1421). Mais puisque, pendant la communauté, le mari est seul maître des fruits et peut en disposer comme il l'entend, la convention par lui passée, relativement à ces fruits, sera donc toujours valable tant que la communauté durera, et ni lui ni d'autres ne pourront l'attaquer; c'est seulement quand cette communauté sera dissoute et le droit de jouissance éteint que le bail pourra être critiqué, s'il ne se trouve pas fait dans les limites du droit d'administration. Or, il n'en est pas ainsi du tuteur : il n'a aucun droit à lui propre sur les biens de son pupille; il n'a rien que le droit d'administration. Donc, l'acte fait en dehors de ce droit est annulable, et annulable dès à présent. Bien plus, c'est par le tuteur lui-même que le bail doit être attaqué; car, en l'attaquant, ce n'est pas en son nom propre qu'il agit, c'est au nom et comme représentant de son mineur, en sorte qu'il a les mêmes droits que ce mineur aurait s'il était devenu majeur et qu'il agît lui-même. En deux mots : le tuteur a, sur les biens du mineur, le droit d'un administrateur, d'un mandataire, et rien de plus. Donc, les actes par lui faits dans les limites de son mandat, c'est le mineur qui est censé les avoir faits, et ce mineur ne peut les attaquer ni par l'organe de son tuteur, ni par lui-même quand il sera majeur. Au contraire, les actes que le tuteur fait en dehors de son mandat ne sont plus faits régulièrement par le mineur; donc ce mineur peut les attaquer, soit par lui-même quand il sera majeur, soit par son tu-

(1) *Contrà :* Cass., 7 fév. 1865 (Dev., 65, I, 57). Cet arrêt décide que ce n'est que quand le pupille est devenu majeur qu'il a le droit de réduire à une période de neuf ans le bail qui se trouve alors en cours d'exécution.

teur tant que dure la tutelle. — Il va sans dire que le tuteur qui fait prononcer, *au nom de son pupille*, la nullité du bail par lui consenti en dehors de ses pouvoirs, peut être condamné, *en son nom propre*, à des dommages-intérêts envers le locataire.

265. Du reste, si le mineur encore en tutelle peut agir dans tous les cas où la femme le pourrait après la dissolution de la communauté, il est bien clair qu'il ne le peut pas dans les cas où cette femme, même après la dissolution, ne le pourrait pas elle-même. Or, les art. 1429 et 1430 déclarent que la femme ne pourrait pas, après la dissolution, s'opposer à l'exécution du bail de neuf ans fait trop longtemps d'avance, s'il est une fois commencé, ni à l'exécution de la période de neuf ans, actuellement commencée aussi, d'un bail fait pour un plus grand nombre d'années. En deux mots, 1° le mineur a, ni plus ni moins, les mêmes droits que la femme, et c'est là ce que signifie l'art. 1718 : 2° mais il y a cette différence que les droits de la femme, vu le droit que le mari a sur les fruits comme chef de la communauté, ne peuvent être exercés qu'après la dissolution et par cette femme elle-même (ou ses héritiers, bien entendu), tandis que ceux du mineur peuvent très-bien être exercés pendant la tutelle par le tuteur même qui a consenti le bail.

461. — Le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation préalable du conseil de famille. L'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire.

I. — 266. On verra plus loin (art. 802) que celui qui a soin de n'accepter une succession que *sous bénéfice d'inventaire* ne devient héritier et représentant du défunt que pour les *bénéfices* que la succession peut présenter après inventaire fait; en sorte que si le passif dépasse ou égale l'actif, il reste véritablement étranger à la succession. Cela posé, on ne comprend pas trop, au premier coup d'œil, pourquoi notre article, qui ne permet d'accepter les successions échues au mineur que par ce moyen du bénéfice d'inventaire, exige néanmoins la délibération de la famille. Que cette délibération soit nécessaire pour la répudiation, c'est tout simple, puisque le mineur pourrait perdre par là un patrimoine avantageux; mais quel danger peut lui faire courir une acceptation bénéficiaire?...

La réponse est facile. Il peut d'abord exister des raisons morales qui demandent qu'on rejette le titre d'héritier; les biens de la succession ont pu être acquis par des moyens qui nuiraient à l'avenir de l'enfant. D'un autre côté, l'acceptation bénéficiaire pourrait se trouver désavantageuse, même pécuniairement. En effet, tout héritier, même bénéficiaire, est obligé (art. 843) de rapporter à la masse héréditaire tout ce qu'il tient du défunt par donation ou par legs (à moins que la libéralité n'ait été faite avec dispense formelle du rapport); or, il serait possible qu'une libéralité faite à l'enfant fût plus considérable que la part qu'il devrait recueillir comme héritier. Enfin, l'héritier bénéficiaire se trou-

vant chargé (jusqu'à concurrence de l'actif) de l'acquittement des dettes et des legs, et devant répondre sur ses propres biens de la manière dont il administre la succession (art. 803, 807 et 808), il en résulte que, même en dehors des deux motifs ci-dessus, l'acceptation bénéficiaire est une chose grave. Il y a donc lieu à délibération de la part du conseil de famille, quoique l'acceptation ne puisse se faire que sous bénéfice d'inventaire.

II. — 267. On voit, du reste, qu'au moyen de la précaution exigée par la loi, celle-ci se contente pour l'acceptation, comme pour la répudiation, de l'autorisation de la famille, et ne demande pas l'homologation du tribunal; c'est donc se jeter dans l'arbitraire que déclarer cette homologation nécessaire, comme le fait Delvincourt.

L'acceptation d'un legs universel ou à titre universel faisant de celui qui accepte une espèce d'héritier testamentaire, chargé comme l'héritier *ab intestat* d'acquitter les dettes et les legs particuliers (art. 1003, 1006 et 1011), cette acceptation ne pourrait donc aussi se faire qu'avec l'autorisation de la famille.

Nous verrons sous les art. 1002 et 1017 s'il y a chez nous, comme à Rome, de véritables héritiers par testament; si jamais le légataire peut être tenu des charges au delà de sa part d'actif, et si dès lors il y a lieu, oui ou non, à accepter un legs sous bénéfice d'inventaire. Ceux qui tiennent pour l'affirmative devront exiger cette acceptation bénéficiaire dans le cas de notre article.

462. — Dans le cas où la succession répudiée au nom du mineur n'aurait pas été acceptée par un autre, elle pourra être reprise soit par le tuteur, autorisé à cet effet par une nouvelle délibération du conseil de famille, soit par le mineur devenu majeur, mais dans l'état où elle se trouvera lors de la reprise, et sans pouvoir attaquer les ventes et autres actes qui auraient été légalement faits durant la vacance.

268. La disposition de cet article n'est point une faveur spéciale accordée aux mineurs; c'est l'application à eux faite du principe général posé pour tous les héritiers par l'art. 790, sauf la différence résultant, entre les majeurs et les mineurs, de ce que la prescription ne court point contre ces derniers (art. 2252). Ceci, du reste, sera plus amplement expliqué sous l'art. 790.

463. — La donation faite au mineur ne pourra être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

Elle aura, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur.

269. Une donation peut imposer des charges plus ou moins gênantes, des embarras plus ou moins grands; il peut d'ailleurs exister des raisons morales de la refuser. En conséquence, la loi ne permet au tuteur de l'accepter qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Mais

le tuteur n'est pas le seul qui puisse accepter la donation ; les ascendants du mineur le peuvent aussi (art. 935). Il suit de là que, quand le tuteur sera un ascendant, il pourra accepter, sans autorisation, non pas comme tuteur, mais comme ascendant.

464. — Aucun tuteur ne pourra introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, ni acquiescer à une demande relative aux mêmes droits, sans l'autorisation du conseil de famille.

270. Par suite du principe qui ne permet l'aliénation des immeubles du mineur que sur l'autorisation de la famille, la loi ne veut pas que le tuteur, par sa seule autorité, mette en danger les droits immobiliers de l'enfant en intentant une action à eux relative, ni qu'il les sacrifie en acquiesçant à cette action. De cette défense d'acquiescer il suit, pour le tuteur, non pas seulement le pouvoir, mais l'obligation de défendre aux actions immobilières dirigées contre le mineur ; sauf, bien entendu, s'il trouve qu'il y ait lieu d'acquiescer, le devoir d'en instruire le conseil de famille pour s'y faire autoriser. S'il ne le faisait pas, il y aurait de sa part mauvaise gestion, et il devrait être condamné à indemniser le pupille des frais du procès imprudemment soutenu.

Si le tuteur *intentait* une action immobilière sans autorisation, l'adversaire pourrait refuser de répondre, car il n'est pas valablement assigné (1). Que si cet adversaire n'usait pas de son droit, et qu'il vînt plaider sans réclamation, voici quelles en seraient les conséquences : s'il perdait, il serait lié vis-à-vis du mineur, car il ne pourrait plus argumenter d'un défaut de capacité qu'il a couvert par son silence ; que s'il gagnait, le mineur ne serait pas lié vis-à-vis de lui, attendu qu'il n'était pas valablement représenté. En effet, tout jugement forme un contrat résultant du consentement donné, ou légalement réputé donné par les deux plaideurs, de s'en rapporter à la décision du juge. Or, ce contrat judiciaire, l'adversaire du mineur était bien libre de ne pas venir le former ; mais du moment qu'il l'a formé, ce contrat est valable quant à lui, quoique nul quant au mineur (art. 1125).

Quant aux actions mobilières, le tuteur conservera avec toutes ses conséquences sa qualité de représentant du pupille : il a le droit de les intenter et d'y acquiescer.

465. — La même autorisation sera nécessaire au tuteur pour provoquer un partage; mais il pourra, sans cette autorisation, répondre à une demande en partage dirigée contre le mineur.

271. Tout partage est un acte d'aliénation. Tant que l'indivision dure, chaque copropriétaire a un droit qui frappe sur chacune des parties de la chose commune ; il est propriétaire pour moitié (ou pour toute

---

(1) *Voy.* Cass., 5 janv. 1859 (Dev., 59, I, 335; Dall., 59, I, 34); Aubry et Rau (I, § 114, p. 417); Massé et Vergé (I, p. 443).

autre fraction) de chaque parcelle du bien. En réalisant le partage, il acquiert sur la part formant son lot la fraction qui ne lui appartenait pas, en échange de l'abandon qu'il fait à ses copropriétaires de la fraction qui lui appartenait sur les parts échues à ceux-ci. Le partage est donc un échange, une aliénation, et par conséquent, lorsqu'il s'agit d'immeubles, il ne peut pas se faire sans l'autorisation de la famille, à moins qu'il ne soit forcé. Telle est la conséquence de l'art. 457.

Quant aux meubles, il eût pu en être autrement d'après les principes que nous connaissons; mais la loi s'écarte ici de ces principes, et, sans distinguer entre les immeubles et les meubles, elle déclare que, sans autorisation, le tuteur peut bien répondre à une demande en partage, mais non pas provoquer ce partage.

466. — Pour obtenir à l'égard du mineur tout l'effet qu'il aurait entre majeurs, le partage devra être fait en justice, et précédé d'une estimation faite par experts nommés par le tribunal de première instance du lieu de l'ouverture de la succession.

Les experts, après avoir prêté, devant le président du même tribunal ou autre juge par lui délégué, le serment de bien et fidèlement remplir leur mission, procéderont à la division des héritages et à la formation des lots, qui seront tirés au sort, et en présence soit d'un membre du tribunal, soit d'un notaire par lui commis, lequel fera la délivrance des lots.

Tout autre partage ne sera considéré que comme provisionnel.

I. — 272. L'art. 840, au titre *Des Successions,* répète après le nôtre que les partages dans lesquels des mineurs sont intéressés ne sont que provisoires, quand les formes protectrices exigées par la loi n'ont pas été observées. Mais quel est le sens de cette règle? Est-ce pour tous les copartageants que le partage accompli sans les formalités voulues n'est que provisoire et susceptible d'être remplacé, sur leur demande, par un partage nouveau; ou bien, est-ce seulement pour les mineurs?

D'un côté, la rédaction de notre article et celle de l'art. 840, paraissent dire que le partage est provisoire toujours et absolument. Mais, d'un autre côté, les principes du droit repoussent cette doctrine : d'après l'art. 1125, les actes accomplis entre deux parties, dont l'une est capable et l'autre incapable, ne sont nuls qu'au profit de celle-ci; c'est elle et non l'autre que la loi a voulu protéger. Il suivrait de là que quand un partage est fait, sans les formes voulues, entre un majeur et un mineur, ce dernier est libre de le maintenir ou d'en demander un nouveau; en sorte que ce partage serait, à son gré, définitif ou provisoire (1).

---

(1) Dans le premier sens : Delvincourt, Duranton (VII, 179); Zachariæ (I, p. 230). — *Contrà :* Chabot (art. 849, n° 7); Merlin (*Rép.*, v° Part. prov.).

Laquelle de ces idées est vraie? Les art. 466 et 840 sont-ils une exception au principe de l'art. 1125, ou bien faut-il les faire fléchir en face de ce dernier, et dire que, malgré ce qu'il y a d'absolu dans leur rédaction, le partage fait sans les formes voulues sera ou provisionnel ou définitif, au choix du mineur?... Nous pensons qu'on ne peut adopter ni l'une ni l'autre opinion dans les termes où elles sont présentées; que la question doit se résoudre par une distinction puisée dans la nature même des choses, et que les art. 466 et 1125 s'appliquent distributivement à deux hypothèses distinctes.

II. — 273. En effet, deux espèces de partage sont possibles entre copropriétaires : 1° partage irrévocable, frappant sur la propriété même et faisant réellement sortir de l'indivision; 2° partage temporaire, frappant sur la jouissance seulement, et destiné à faire face plus tard à un partage définitif. Ce quasi-partage, qui laisse réellement la chose indivise, n'est permis que pour cinq ans, sauf à être renouvelé ensuite (art. 815). — Or, quand des copropriétaires voudront faire ce quasi-partage de jouissance, ils le pourront amiablement et sans aucune formalité, malgré la minorité de l'un deux; c'est un acte de simple administration, auquel le tuteur peut procéder, même sans autorisation, puisqu'il n'aliène rien. C'est là le partage provisionnel dont parle notre art. 466; il aura exactement la même valeur et les mêmes effets pour le majeur et pour le mineur, et le premier, tout aussi bien que le second, pourra le faire cesser par un partage réel, soit après le temps convenu, soit, à défaut de convention sur la durée, après le laps de cinq ans. — Mais si les copropriétaires, dont l'un est mineur, ont entendu et voulu faire un partage réel, définitif, un partage de propriété, et que le tuteur y ait procédé sans les formes voulues, alors il est clair qu'il n'y a pas là de partage provisionnel; il y a un partage ordinaire, nul au profit du mineur. Ce partage tombe en plein sous le coup de l'art. 1125, qui donne à l'incapable le choix de le maintenir ou de le faire briser, et ce, pendant dix années à partir de sa majorité (art. 1304). — Que s'il y a doute sur l'intention qu'ont eue les parties, comme il est plus probable qu'en ne suivant pas les formes voulues ces parties n'entendaient partager que pour la jouissance, la présomption sera qu'il y a eu partage provisionnel, valable, de part et d'autre, en cette qualité de provisionnel. Tel est, selon nous, le sens des articles 466 et 840, lesquels signifieraient : Le partage fait sans formalités sera *considéré comme* provisionnel, sera pris comme provisionnel, à moins de preuve contraire.

Mais s'il est constant par les circonstances qu'on a vraiment fait porter le partage sur la propriété même, ce n'est plus un partage *provisionnel valable,* c'est un partage *définitif nul,* dont la nullité ne peut être couverte que par le mineur, lequel peut à son gré, d'après l'article 1125, le dire simplement provisoire à son égard et en demander la nullité, ou le maintenir comme irrévocable (1).

---

(1) *Conf.* Lyon, 4 avr. 1810; Lyon, 16 juill. 1812; Cass., 30 août 1815; Colmar,

Au reste, notre article, en tant qu'il exigeait une expertise, a été abrogé par l'art. 970 nouveau du Code de procédure (loi du 27 juin 1841), qui laisse l'expertise facultative pour le tribunal.

467. — Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur, qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur impérial près le tribunal de première instance.

La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur impérial.

274. La transaction est un contrat dans lequel les parties, par des concessions réciproques, se débarrassent d'un procès né ou à naître. Elle diffère de l'acquiescement et du compromis. L'acquiescement, qui ne peut avoir lieu que pour un procès déjà né, est le consentement donné *par le défendeur* de satisfaire aux prétentions du demandeur. Le compromis est la convention par laquelle on s'en remet *à des tiers* pour la décision de la contestation.

L'acquiescement suppose, de la part du défendeur, la reconnaissance du droit de son adversaire et du peu de fondement de sa propre cause; tandis que, dans la transaction, on sacrifie les droits que l'on croit et qui peuvent être très-réels : celle-ci est donc plus grave que l'autre. Aussi, tandis que l'art. 464 permet l'acquiescement pour les droits immobiliers avec la simple autorisation de la famille, et celui pour les droits mobiliers sans aucune autorisation, notre article ne permet la transaction, même pour les meubles (car il ne distingue pas), qu'après l'autorisation du conseil, l'avis de trois jurisconsultes et l'homologation du tribunal.

Quant au compromis, c'est un acte plus grave encore que la transaction, puisqu'on y laisse à l'arbitrage de tierces personnes des points que dans la transaction on discute par soi-même. Aussi aucun article ne permet-il au tuteur de compromettre. Et en effet, l'art. 1989 déclare que le pouvoir de transiger donné à un mandataire n'emporte pas celui de compromettre. D'ailleurs, l'art. 1004 du Code de procédure déclare le compromis impossible pour toutes les contestations sujettes à communication au ministère public; or, les causes des mineurs sont de ce nombre (C. pr., art. 83, 6°).

468. — Le tuteur qui aura des sujets de mécontentement graves sur la conduite du mineur, pourra porter ses plaintes à un conseil de famille, et, s'il y est autorisé par ce conseil, provoquer la réclusion du

---

28 nov. 1816; Agen, 12 nov. 1823; Rejet, 24 juin 1839 (Dev., 39, I, 615); Cass., 9 mars 1846 (Dev., 46, I, 451); Aubry et Rau (V, § 623, p. 251, notes 12 et suiv.). — *Voy.* aussi Cass., 4 mai 1858 (Dev., 58, I, 673; Dall., 58, I, 254).

mineur, conformément à ce qui est statué à ce sujet au titre *De la Puissance paternelle.*

275. Nous avons vu (art. 450) que le tuteur qui n'est pas le survivant des père et mère ne peut exercer le droit d'éducation que quand ce survivant est mort ou n'a plus l'exercice de ce droit : c'est donc dans ce cas seulement que le tuteur aura le droit de correction conféré par notre article. On voit, du reste, qu'il ne peut l'exercer qu'avec l'autorisation de la famille, et qu'il peut simplement *provoquer* l'emprisonnement, c'est-à-dire agir par voie de réquisition.

Si la mère survivante et remariée avait été *nommée* à la tutelle dative, ou même *maintenue* dans sa tutelle légitime, elle n'aurait plus le droit de correction, à cause de son second mariage, que comme tutrice (art. 384), et dès lors il lui faudrait, pour faire détenir l'enfant, non pas le concours de deux parents paternels, mais bien l'autorisation du conseil. Que si le tuteur était le survivant des père et mère, et qu'il eût encore ce droit de correction comme attribut du droit de puissance paternelle, il est clair qu'il n'aurait pas besoin de l'autorisation du conseil, et que les seules dispositions à lui appliquer seraient celles du titre *De la Puissance paternelle.*

SECTION IX.

DES COMPTES DE LA TUTELLE.

469. — Tout tuteur est comptable de sa gestion lorsqu'elle finit.

276. Tout tuteur, quel qu'il soit et dans quelque circonstance que ce puisse être, doit toujours rendre compte de sa gestion; un administrateur des biens d'autrui qui n'aurait pas de compte à rendre serait une monstruosité, une absurdité. En vous confiant des biens *à administrer,* on ne vous en fait pas le maître, on ne vous donne pas le droit de vous les approprier, de les vendre à votre profit; ce que pourrait faire un administrateur non comptable. Gérant et non comptable sont deux idées incompatibles.

Le tuteur devrait des comptes, alors même qu'il en aurait été dispensé par la personne qui a donné les biens à l'enfant; la dispense serait nulle comme contraire à l'ordre public. Sans doute, celui qui laisse les biens pourrait léguer au tuteur le reliquat de son compte, c'est-à-dire la somme qu'il se trouvera devoir à l'enfant après le compte fait : ce reliquat lui serait valablement attribué, pourvu qu'il ne dépassât pas la quotité disponible. Mais ce n'est pas là une dispense de rendre compte : puisque c'est précisément par l'examen et la reddition des comptes que l'on connaîtra le reliquat. Ce legs du reliquat ne pourrait même s'exécuter que pour ce dont le tuteur se trouverait débiteur par suite des négligences, des imprudences de sa gestion; jamais pour les dettes nées de sa fraude. Le testateur, en effet, alors même qu'il l'aurait déclaré positivement, n'aurait pas pu le décharger à l'avance des indemnités dues par suite de sa mauvaise foi; une pareille clause

serait encore nulle comme contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

470. — Tout tuteur, autre que le père et la mère, peut être tenu, même durant la tutelle, de remettre au subrogé tuteur des états de situation de sa gestion, aux époques que le conseil de famille aurait jugé à propos de fixer, sans néanmoins que le tuteur puisse être astreint à en fournir plus d'un chaque année.

Ces états de situation seront rédigés, et remis sans frais, sur papier non timbré, et sans aucune formalité de justice.

277. La famille a la haute surveillance sur l'administration du tuteur ; en conséquence, elle peut soumettre celui-ci, dès le commencement même de la tutelle, à la nécessité de présenter au subrogé tuteur, chaque année, ou à des époques périodiques plus éloignées, des états de situation qui le mettent en état d'apprécier sa gestion et de connaître toujours la position du patrimoine de l'enfant. A plus forte raison peut-elle, soit que cette obligation générale et imposée *à priori* existe ou n'existe pas, exiger du tuteur, dans telle circonstance grave, un état isolé et spécial qui l'éclaire sur la position que cette circonstance va donner à l'enfant. Et puisque la loi ne dispense les père et mère que de l'obligation de fournir des états périodiques, il est clair qu'ils seraient tenus, comme tous autres tuteurs, de fournir ces états spéciaux et accidentels.

Il est même un cas où les père et mère pourraient être tenus de fournir les états périodiques dont parle l'article. Ce serait s'ils n'étaient tuteurs que par nomination du conseil de famille. Puisqu'alors ils ne tiennent plus la tutelle de la loi, mais du conseil, il est clair que ce conseil, qui peut bien ne pas les nommer, peut bien ne les nommer que sous telle condition (1).

471. — Le compte définitif de tutelle sera rendu aux dépens du mineur, lorsqu'il aura atteint sa majorité ou obtenu son émancipation. Le tuteur en avancera les frais.

On y allouera au tuteur toutes dépenses suffisamment justifiées, et dont l'objet sera utile.

SOMMAIRE.

I. L'article ne parle pas des comptes auxquels donne lieu un changement de tuteur. — A qui le compte est rendu dans les différents cas.
II. Cas où les frais de compte non définitif peuvent être à la charge du tuteur.
III. Le compte peut toujours être rendu à l'amiable.

---

(1) La règle de l'art. 470 s'applique au mari cotuteur de la mère remariée et à la mère elle-même. Cass., 5 mai 1856 (Dev., 56, I, 793; Dall., 56, I, 241). *Conf.* Aubry et Rau (I, § 99 *bis*, note 35, p. 367); Massé et Vergé (I, § 225, note 2); Demolombe (VII, n° 146).

I. — 278. Cet article, d'une rédaction trop étroite et incomplète, comme beaucoup d'autres de notre titre, ne parle que du compte définitif de tutelle, de celui qui doit être rendu quand la tutelle finit pour l'enfant; il ne parle pas de ceux auxquels donnent lieu les changements de tuteurs.

La tutelle finit absolument par trois causes : 1° la majorité de l'enfant : c'est à lui-même alors que le compte est rendu; 2° son émancipation : le compte est encore reçu par le mineur, mais avec l'assistance de son curateur (art. 480); 3° sa mort : le compte est reçu dans ce cas par les héritiers. — Quand il y a seulement changement de tuteur, le compte est reçu, non par le subrogé tuteur, mais par le tuteur nouveau, de telle sorte que le compte définitif qui sera rendu par le dernier tuteur embrasse l'entière administration de la tutelle pendant toute sa durée (1). Chaque compte intermédiaire doit, au surplus, être rendu en présence du subrogé tuteur (2); car le nouveau tuteur a, dans cette opération, un intérêt opposé à celui du mineur, puisqu'il lui importerait que l'actif fût fixé au chiffre le moins élevé possible. Ce compte remplace l'inventaire qui se fait lors de l'entrée, et sert, comme lui, de base au compte postérieur; la présence du subrogé tuteur est donc nécessaire pour l'un comme pour l'autre cas (art. 451).

II. — 279. Notre article indique, pour le compte définitif, trois règles dont deux s'appliqueront toujours aux comptes occasionnés par le simple changement de tuteur, tandis que la troisième pourra ne pas s'y appliquer. — 1° Le tuteur, quoique son compte doive être rendu aux frais du mineur, doit toujours en avancer les frais, attendu que c'est lui qui détient actuellement les fonds. — 2° On admet au chapitre des dépenses toutes les sommes que le tuteur justifie avoir déboursées pour un objet utile. La loi, du reste, ne demande pas, et avec raison, que toute justification de dépense soit faite par des quittances, par des écrits; car il est une foule de dépenses pour lesquelles on ne prend jamais de reçus, et qui sont telles qu'il y a, d'avance, la certitude qu'elles ont été faites. C'est à celui qui reçoit le compte, et au tribunal en cas de contestation, à voir s'il est ou non établi que la dépense a eu lieu. Ces deux premières règles s'appliqueront dans toute reddition de compte. — 3° Le compte *définitif* est rendu aux frais du mineur; car il a lieu par une conséquence forcée de l'état de tutelle établi pour lui seul et dans son unique intérêt. Il n'en serait pas toujours ainsi dans les comptes auxquels des changements de tuteurs donneraient lieu. En effet, quand un tuteur est destitué pour inconduite notoire ou gestion infidèle, le compte et les frais qu'il peut entraîner proviennent d'un fait arrivé par la faute de ce tuteur ; et il y a lieu, dès lors, de lui faire supporter ces frais (art. 1382). Il en est autrement quand c'est par une excuse ou par la mort du tuteur que le changement a lieu (3).

---

(1) Rej., 25 juin 1839; Lyon, 12 avr. 1848 (Dev., 39, I, 688; 49, II, 160).

(2) *Conf.* Demolombe (VIII, n° 56). *Contrà :* Aubry et Rau (I, § 121, note 2, p. 437).

(3) Les frais occasionnés dans une instance en reddition de compte de tutelle par

III. — 280. Les art. 527 à 542 du Code de procédure indiquent les formalités qui doivent être suivies lorsque le compte est rendu en justice. Mais, heureusement, rien dans la loi n'oblige de recourir à ces formalités, et le compte, alors même qu'il est rendu au mineur émancipé, peut, à la différence du partage, se faire amiablement ; c'est seulement quand les parties ne pourront pas s'entendre que la reddition de compte se fera judiciairement.

472. — Tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, sera nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé, et de la remise des pièces justificatives; le tout constaté par un récépissé de l'oyant compte, dix jours au moins avant le traité.

281. Quand c'est par la majorité du pupille que la tutelle finit, la loi ne veut pas que ce majeur inexpérimenté, trop pressé peut-être de se débarrasser des comptes qu'il a à recevoir, consente, sans pleine connaissance de cause, aucun arrêté, aucune transaction, aucun traité relatif à ce compte. En conséquence, aucune convention ne peut être valable sur cet objet qu'après qu'il a eu entre les mains, pendant dix jours, l'état détaillé des recettes et dépenses, avec les pièces à l'appui. Il faut, d'après les termes mêmes de notre article, que la remise du compte et des pièces soit constatée par un récépissé, et c'est ce récépissé qui doit précéder de dix jours le traité à intervenir (1).

Merlin a écrit (*Supplément,* v° Tuteur) que les traités dont parle notre article ne sont pas seulement ceux relatifs à la gestion du tuteur, et dont l'objet, direct ou indirect, serait de le décharger de sa responsabilité, mais tous actes, tous contrats quels qu'ils puissent être. Trois arrêts, un de *Riom,* du 26 août 1816 ; un de *Paris,* du 2 août 1811, et un de *Nîmes,* du 2 juin 1830, ont jugé dans ce sens. — Cette doctrine, selon nous, est complétement erronée. La place qu'occupe notre article, la série d'idées au milieu de laquelle il se trouve, le mot même de *traité* que la loi n'emploie nulle part pour signifier un contrat ordinaire, tout se réunit pour rejeter ce système. L'art. 2045 en présente d'ailleurs la réfutation ; il dit que le tuteur doit se conformer à notre article pour transiger avec l'ex-mineur *sur le compte de la tutelle ;* il pourrait donc transiger sur tout autre objet sans suivre notre règle. Enfin, quand il y aurait doute et que les deux opinions s'appuieraient sur des raisons égales, c'est notre sentiment qui l'emporterait, par cette considération, que notre article est une dérogation aux principes, et que, dans le doute, c'est le droit commun, et non pas l'exception, qu'il faut suivre (2).

---

des contestations mal fondées du tuteur doivent être supportés par ce dernier. Caen, 22 mars 1860 (Dev., 60, II, 610).

(1) Le délai de dix jours est un délai franc, dans lequel ne doivent être comptés ni le jour de la reddition du compte, ni celui de l'apurement. Bordeaux, 29 juill. 1857 (Dev., 57, II, 664).

(2) *Conf.* Delvincourt, Magnin (I, p. 715) ; Duranton (III, 638) ; Zachariæ (I,

Au surplus, il est évident que la nullité prononcée par notre article n'étant établie que pour l'*oyant compte* (1), ne pourrait être invoquée que par lui ou ses représentants. Elle durerait dix ans, d'après l'article 1304 (2).

473. — Si le compte donne lieu à des contestations, elles seront poursuivies et jugées comme les autres contestations en matière civile.

282. Cet article a été écrit pour rejeter les dispositions du projet qui établissaient des formes spéciales pour ce cas (Fenet, t. X, p. 563).

474. — La somme à laquelle s'élèvera le reliquat dû par le tuteur, portera intérêt, sans demande, à compter de la clôture du compte.

Les intérêts de ce qui sera dû au tuteur par le mineur, ne courront que du jour de la sommation de payer qui aura suivi la clôture du compte.

283. C'est l'inexpérience de l'ex-mineur qui détermine la faveur que lui accorde le premier alinéa de cet article, par dérogation à la règle de l'art. 1153.

475. — Toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, à compter de la majorité.

284. Les actions que le mineur peut avoir contre son tuteur à raison de la gestion de celui-ci, ne tombent en principe que sous la prescription trentenaire de l'art. 2262. Mais, malgré son désir de favoriser les mineurs, la loi ne pouvait pas astreindre l'ex-tuteur à conserver pendant trente années les diverses pièces justificatives, et aussi le souvenir des diverses circonstances dont le secours lui serait nécessaire pour établir les faits de tutelle sur lesquels des contestations pourraient s'élever. Elle a donc dû déroger au droit commun sur ce point.

Mais c'est seulement des contestations relatives aux faits de la tutelle qu'il s'agit (3). Ainsi, cette prescription exceptionnelle de dix ans ne

---

p. 237); Cass., 7 août 1810; Nîmes, 15 mars 1816; Cass., 14 déc. 1818; Paris, 5 janv. 1820; Cass., 22 mai 1822; Cass., 16 mai 1831; Cass., 1er juin 1847 (Dev. 47, I, 504); Riom, 9 janv. 1860 (Dev., 60, II, 612); Aubry et Rau (I, § 121, p. 442). — Le traité intervenu avant la reddition du compte de tutelle est nul, bien qu'au moment où il a été fait, le mineur fût depuis longtemps majeur et eût la connaissance de ses droits. Cass., 5 juin 1850 (Dev., 50, I, 714).

(1) L'*oyant compte*, ou tout simplement l'*oyant*, c'est celui qui oit (*audit*), qui entend, qui reçoit le compte. En regard de cette expression, la loi emploie, substantivement aussi, celle de *rendant*, pour indiquer celui qui présente le compte (C. pr., art. 529 et 532).

(2) L'incapacité de traiter avec le mineur devenu majeur avant les dix jours qui suivent la reddition ne s'applique pas aux héritiers du tuteur. Cass., 19 mai 1863 (Dev., 63, I, 305).

(3) *Voy.* Cass., 31 mars 1845 (Dev., 46, I, 545; Dall., 45, I, 187); Lyon, 23 nov.

s'appliquerait pas à l'action par laquelle l'ex-mineur poursuivrait le payement du reliquat. En effet, ce n'est pas immédiatement pour un fait de la tutelle que l'ex-tuteur doit ce reliquat, c'est en vertu de l'arrêté de compte qui a formé un contrat nouveau; l'ex-tuteur n'aurait pas besoin, pour défendre à cette action, d'avoir conservé les pièces justificatives de ses dépenses et de se rappeler les circonstances de sa gestion; les seules pièces dont il ait besoin alors, c'est l'arrêté de compte, c'est sa quittance.

Il en serait de même des demandes formées par l'ex-mineur pour erreurs ou doubles emplois dans l'arrêté de compte; car, ici encore, pour renverser les prétentions élevées contre lui, l'ex-tuteur n'a pas besoin de remonter plus haut que cet arrêté. Dans ces différents cas, il n'y aurait lieu qu'à la prescription de trente ans (1).

Il en serait autrement, et la prescription de dix ans, consacrée exceptionnellement par notre article, pourrait être invoquée par l'ex-tuteur, si on lui reprochait des *faux* dans son compte ou des *omissions* de recettes, car on rentrerait alors dans une discussion sur des faits de la tutelle (2).

Quant à l'action de l'ex-tuteur contre l'ex-mineur, pour ce que celui-ci pourrait devoir au premier, il n'y avait pas de raison de la soustraire au droit commun, et elle ne se prescrirait que par trente ans (3).

CHAPITRE III.

DE L'ÉMANCIPATION.

285. Tout le monde sait que le mot d'*émancipation* nous vient des Romains. L'émancipation était à Rome l'acte par lequel le *pater familias* brisait sa puissance sur l'enfant, pubère ou impubère, au moyen d'une ou de plusieurs mancipations; or, la *mancipatio* était la vente faite d'après les règles du droit civil. L'*emancipatio* était donc proprement l'abandon du droit de propriété du père sur son enfant, quel que fût l'âge de celui-ci. Du reste, l'émancipation n'enlevait l'enfant à la puissance de son chef de famille qu'en le faisant sortir de cette famille et en le lui rendant légalement étranger.

Quant à la tutelle, l'émancipation ne pouvait jamais avoir pour effet

---

1850 (Dev., 51, II, 87); Cass., 16 avr. 1851 (Dev., 51, I, 526; Dall., 51, I, 128); Angers, 10 déc. 1851 (Dev., 51, II, 678).

(1) Jugé que la prescription est de dix ans pour l'action en nullité d'un compte de tutelle rendu sur des bases erronées, et qu'elle ne commence à courir que du jour où elle a été reconnue, conformément au principe de l'art. 1304. Paris, 10 août 1864 (Dev., 64, II, 286).

(2) *Conf.* Demolombe (VIII, n° 162); Aubry et Rau (I, § 121, p. 445 et 446); Massé et Vergé (I, § 230, note 21).

(3) L'action formée par le tuteur contre le mineur en réception du compte de tutelle n'est soumise qu'à la prescription ordinaire de trente ans. Lyon, 11 janv. 1862 (Dev., 62, II, 305); Aubry et Rau (I, § 121, p. 446); Massé et Vergé (§ 230, p. 460, note 15); Demolombe (VIII, n° 176). *Contrà :* Montpellier, 13 avr. 1847 (Dev., 62, II, 305); Paris, 14 juill. 1864 (Dev., 64, II, 252).

de la faire cesser; elle la faisait *naître,* au contraire, quand l'enfant était impubère. En effet, elle le rendait *sui juris;* or, le *pupillus* était l'enfant *sui juris* et impubère.

Nous savons déjà que chez nous l'émancipation fait cesser et la puissance paternelle et le pouvoir tutélaire, soit que l'enfant se trouve soumis à l'une ou à l'autre seulement, soit qu'ils coexistent tous deux en même temps (art. 372, 405, etc.).

Nous allons voir dans ce chapitre : — 1° quand et comment l'émancipation a lieu (art. 476 à 479); — 2° quels sont ses effets (art. 480 à 484 et 487); — 3° quand et comment elle peut être révoquée (art. 485 et 486).

476. — Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage.

286. L'émancipation est formelle ou tacite. L'émancipation formelle est celle qui a lieu par déclaration expresse, conformément aux articles suivants; l'émancipation tacite est celle dont parle notre article, laquelle résulte, dans le cas de mariage du mineur, du consentement non exprimé des personnes dont il dépend.

477. — Le mineur, même non marié, pourra être émancipé par son père, ou, à défaut de père, par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans révolus.

Cette émancipation s'opérera par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par le juge de paix assisté de son greffier.

SOMMAIRE.

I. Le mot *même* n'a pas de sens. — L'émancipation tacite est plus facile que l'émancipation formelle. Pourquoi?

II. Sens des mots *à défaut de père.* — L'émancipation est permise aux père et mère (même naturels) en leur seule qualité.

I. — 287. La conjonction *même* n'a pas de sens dans notre premier alinéa. Il est absurde de dire que l'émancipation expresse est possible *même* pour le mineur non marié, puisqu'elle n'est possible que pour lui seul.

Le droit d'émanciper l'enfant est un attribut de la puissance paternelle; il appartient donc aux père et mère, et ce n'est qu'à défaut de l'un et de l'autre que la loi l'accorde au conseil de famille (art. 478). Quant aux ascendants ou ascendantes autres que les père et mère, ils n'ont jamais, en cette seule qualité, le droit d'émancipation expresse; mais ils ont la faculté d'émanciper tacitement, puisqu'ils peuvent, à défaut des père et mère, consentir au mariage de l'enfant. — Il suit de là que, dans le cas de défaut des père et mère, le bénéfice de l'émancipation peut découler pour l'enfant de deux sources différentes : 1° le conseil de famille, qui peut l'émanciper formellement sans consulter les ascendants; 2° l'ascendant le plus proche, qui peut consentir à son mariage et pro-

curer indirectement l'émancipation sans l'assentiment du conseil de famille. Ce droit d'émancipation tacite et indirecte accordé aux ascendants, qui pourtant n'ont jamais le droit d'émancipation formelle, tient, on le conçoit, à ce que l'état de mariage exige une certaine indépendance qui le rend incompatible avec le maintien de la puissance paternelle ou de la tutelle. En faveur du mariage, le législateur a dû admettre l'émancipation qui l'accompagne, dans des circonstances où il ne permettrait pas l'émancipation directe : c'est ainsi qu'une jeune fille de quatorze ans qui se marie avec dispense d'âge se trouvera émancipée, quoique l'émancipation directe ne soit jamais possible avant quinze ans.

II. — 288. Le droit d'émanciper par déclaration formelle appartient tout d'abord au père, puis à la mère à défaut du premier. Mais que faut-il entendre par ces mots de l'article, *à défaut de père?* Est-ce seulement le cas de sa mort?... Non; d'autres causes que la mort du père font passer à la mère le droit d'émancipation formelle. Ainsi la déclaration d'absence faisant naître une présomption de mort et permettant tout ce que permettrait le décès de l'absent (excepté seulement en ce qui touche son mariage), il s'ensuit que quand elle aura été prononcée pour le père, la mère pourra déclarer l'émancipation. Il en sera de même quand le père sera déchu de son droit de puissance paternelle, puisqu'alors il est vrai de dire que le père n'existe plus en ce qui touche ce droit et toutes ses conséquences. Mais *quid,* si ce père était seulement absent présumé, ou interdit?... Nous ne pensons pas que la mère puisse alors absolument passer la déclaration d'émancipation. Il est bien vrai qu'elle peut, dans ce cas, consentir au mariage de l'enfant, et amener ainsi indirectement l'émancipation; mais ce n'est pas là un motif de décision, puisque les ascendants supérieurs, qui peuvent souvent consentir au mariage, ne peuvent jamais donner l'émancipation formelle. Il est bien vrai aussi qu'alors la mère seule a l'exercice de la puissance paternelle, et même (selon nous du moins) la jouissance légale des biens des enfants (art. 384, n° II); mais cette présomption d'absence ou cette interdiction peuvent cesser, et le droit de jouissance revenir au père : or, nous ne voyons pas de quel droit la mère pourrait briser, par l'émancipation, le droit d'usufruit légal auquel le père peut être appelé. Nous pensons donc qu'au cas d'interdiction ou d'absence présumée du père, la mère ne pourrait émanciper l'enfant qu'autant qu'il aurait dix-huit ans, parce qu'alors l'usufruit légal est éteint.

Ainsi les mots *à défaut de père* signifient, selon nous : 1° quand le père est mort; 2° quand il est déclaré absent; 3° quand il est déchu de la puissance paternelle; puis (sous la condition que l'enfant ait dix-huit ans) 4° quand le père est absent présumé; 5° quand il est interdit.

Du reste, il importe peu que le père, après la mort de la mère, ou celle-ci après la mort du premier, ait ou non la tutelle de l'enfant; tout ce qu'il faut, c'est que l'auteur ait l'exercice de la puissance paternelle, dont le droit d'émancipation est pour lui la conséquence. Ainsi, quand même le survivant des père et mère serait excusé ou même exclu ou destitué de la tutelle, c'est à lui, et à lui seul, qu'appartient

le droit d'émancipation, tant qu'il n'y a pas déchéance de la puissance paternelle.

289. Nous savons que les tribunaux peuvent modifier, entre les mains du père ou de la mère, le droit de puissance paternelle (art. 383, n°s II et IV). Le père ou la mère pourraient donc, même pendant le mariage, être privés, par sentence judiciaire, du droit d'émancipation, pour des causes graves (1). Delvincourt enseigne que la mère, par cela seul qu'elle se remarie, et alors même qu'elle serait maintenue dans sa tutelle légitime, perd son droit de puissance paternelle, et par conséquent aussi son droit d'émanciper. Ceci nous paraît une erreur ; la mère par son nouveau mariage perd son usufruit légal (art. 386), et aussi le droit de faire détenir l'enfant (art. 381); mais aucun texte de loi ne lui enlève le droit d'éducation dont découle le droit d'émancipation. Notre doctrine est généralement admise (2).

Le droit d'émancipation appartient également aux père et mère naturels légalement connus. Car ce n'est pas du droit d'administration des biens ni du droit d'usufruit légal qu'il découle, c'est du droit d'éducation ; or, ce dernier appartient aux auteurs naturels comme aux auteurs légitimes (arrêt conf. Limoges, 2 janv. 1821).

478. — Le mineur resté sans père ni mère pourra aussi, mais seulement à l'âge de dix-huit ans accomplis, être émancipé, si le conseil de famille l'en juge capable.

En ce cas, l'émancipation résultera de la délibération qui l'aura autorisée, et de la déclaration que le juge de paix, comme président du conseil de famille, aura faite dans le même acte, *que le mineur est émancipé.*

479. — Lorsque le tuteur n'aura fait aucune diligence pour l'émancipation du mineur dont il est parlé dans l'article précédent, et qu'un ou plusieurs parents ou alliés de ce mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches, le jugeront capable d'être émancipé, ils pourront requérir le juge de paix de convoquer le conseil de famille pour délibérer à ce sujet.

Le juge de paix devra déférer à cette réquisition.

I. — 290. Ce n'est pas seulement quand les père et mère sont tous deux morts (comme semble le dire l'art. 478) que le droit d'émanciper passe au conseil de famille; c'est aussi 2° quand tous deux sont déclarés absents, 3° ou que l'un est déclaré absent et l'autre mort, et 4° quand l'un étant mort ou déclaré absent, l'autre est déchu de la puissance paternelle, ou présumé absent, ou interdit. Tout ceci résulte des explications données sous l'art. 477. Nous reconnaissons *absolument* au con-

---

(1) *Conf.* Jug. Seine, 6 mars 1862 (Dev., 62, II, 394).
(2) Toullier (II, 1287); Proudhon (II, p. 252); Magnin (I, 747); Duranton (III, 656); Colmar, 17 juin 1807; Bordeaux, 14 juill. 1838 (Dev., 39, II, 73).

seil de famille le droit d'émanciper dès là que l'un des auteurs étant mort ou déclaré absent, l'autre est seulement absent présumé ou interdit. Il n'y a pas lieu, en effet, de répéter ici la condition que nous avons exigée pour donner ce droit à la mère à défaut du père, savoir : que l'enfant ait dix-huit ans, puisque ce n'est jamais qu'à cet âge de dix-huit ans que le conseil de famille peut émanciper.

Mais si aucun des deux auteurs n'est mort ni déclaré absent, et quand même tous deux seraient en présomption d'absence, ou interdits, ou privés de la puissance paternelle, il n'y aurait pas lieu à émancipation de la part du conseil de famille, attendu qu'il n'y a pas encore ouverture de la tutelle, et que dès lors il n'existe pas de conseil de famille (*voy.* l'Appendice à l'art. 383). Et ce qui prouve que la loi entend que le conseil de famille n'émancipera que quand il y aura tutelle, c'est que notre art. 479 suppose que c'est le tuteur qui devra, avant tous autres, s'occuper de faire assembler le conseil pour cet objet.

II. — 291. Si le tuteur n'agit pas, tout parent de l'enfant, jusqu'au degré de cousin germain inclusivement, peut requérir du juge de paix la convocation du conseil.

Du reste, il nous paraît hors de doute que si des parents de ce degré n'existaient pas ou restaient indifférents pour ce qui concerne le mineur, d'autres parents, ou même des amis, ou enfin le mineur, pourraient non pas *requérir,* mais *prier* le juge de paix de convoquer le conseil d'office. En vain M. Duranton nous dit que si les parents du degré voulu par la loi ne requièrent pas la convocation, c'est qu'ils savent que l'enfant n'est pas digne de l'émancipation, ou qu'ils sont indifférents à l'intérêt de l'enfant, et que, dans ce dernier cas, il n'est pas bon de soumettre à des parents si peu soigneux la question d'émancipation ; que, dans tous les cas, notre système ferait disparaître les garanties demandées par la loi (III, n°s 661 et 662). Tout ceci nous touche peu. D'abord, il se peut qu'il n'existe aucun parent du degré voulu, ou que ces parents n'aient aucun rapport avec l'enfant, parce qu'ils demeurent très-loin, et que le conseil ne soit composé que d'amis ou de parents d'un degré plus éloigné que celui de cousin germain. Ensuite, il se peut fort bien que des parents qui ne pensent pas à faire émanciper l'enfant apportent cependant du soin à la délibération relative à cet objet. Qu'importe, enfin, par qui et comment sera demandée la convocation du conseil ? Ce conseil ne jouira-t-il pas toujours de sa pleine liberté pour admettre ou rejeter l'émancipation ? Et quand on voit qu'un cousin, même étranger au conseil, peut *forcer* le juge de paix de convoquer ce conseil, comment refuser à ce magistrat, président du conseil, le droit de le convoquer d'office sur la prière de tel ou tel ? Ne voit-on pas qu'il s'y refusera quand l'enfant en sera indigne, et qu'en tout cas le conseil pourra rejeter la proposition ?...

Nous passons maintenant aux effets de l'émancipation.

480. — Le compte de tutelle sera rendu au mineur émancipé, assisté d'un curateur qui lui sera nommé par le conseil de famille.

SOMMAIRE.

I. Position du mineur émancipé. — Le tuteur est remplacé pour lui par un curateur. En quoi celui-ci diffère du premier.
II. Le curateur est-il toujours datif?

I. — 292. L'émancipation place le mineur dans un état intermédiaire entre celui du mineur ordinaire et celui du majeur. Le mineur émancipé acquiert, non pas absolument, mais jusqu'à un certain point, le gouvernement de sa personne et la direction de ses affaires : en conséquence, il est libéré de la puissance paternelle et du pouvoir tutélaire; il peut se choisir un domicile propre (art. 108), et c'est lui qui reçoit son compte de tutelle.

Ce n'est pas absolument, disons-nous, qu'il acquiert le gouvernement de sa personne. Ainsi, à défaut même d'ascendants, il ne pourrait pas se marier sans le consentement du conseil de famille (art. 160). De même, quant à la direction de ses affaires, il ne peut faire seul que les actes de simple administration; ceux qui ont une importance plus grande ne lui sont permis qu'avec l'assistance d'un curateur, dont il est pourvu dès le commencement de l'émancipation, et qui lui reste jusqu'à sa majorité. Ce curateur, à la différence du tuteur, ne représente pas le mineur; il l'*assiste* seulement. Le tuteur agit, c'est par lui ou contre lui que les actions sont intentées, et tous autres actes accomplis; le curateur éclaire et aide le mineur agissant lui-même. Le tuteur fonctionne toujours *negotia ipse gerendo;* le curateur ne fonctionne jamais que *auctoritatem interponendo.*

Aussi, le curateur, vu l'importance moindre de ses fonctions, n'est pas accompagné d'un second fonctionnaire chargé de le contrôler et de le remplacer en cas d'opposition d'intérêts. Si cette opposition d'intérêts entre le mineur et le curateur venait à se présenter, il faudrait nommer un curateur *ad hoc* pour la circonstance.

Nous disons que le curateur reste à l'enfant jusqu'à sa majorité, au lieu qu'il en soit nommé un à chaque fois qu'un acte important se présente à faire; en effet, tandis que notre article dit que ce mineur, pour recevoir son compte de tutelle, devra être « assisté d'un *curateur* qui lui sera nommé, etc. », l'art. 482 va nous parler d'actes subséquents qu'il ne peut faire « sans l'assistance de *son curateur.* » Mais ce n'est pas à dire, bien entendu, que le mineur émancipé doive toujours avoir *le même* curateur : il faut qu'il ait constamment un curateur; mais ce curateur peut bien être changé par le conseil de famille, soit quand le curateur actuel est excusé ou destitué, soit quand le conseil trouve plus convenable à ses intérêts de lui en donner un autre (1).

On doit conclure des art. 34 et 42 du Code pénal que les causes d'ex-

(1) Il arrive souvent que le conseil nommera un premier curateur pour recevoir le compte de tutelle, et qu'après l'opération terminée il le remplacera par l'ancien tuteur de l'enfant.

clusion, de destitution et d'incapacité sont les mêmes pour les curateurs que pour les tuteurs. Mais pour les causes d'excuses, aucun texte ne permet l'assimilation, et elles doivent être laissées à l'arbitrage des conseils de famille et des tribunaux.

II. — 293. C'est un point fort délicat, vu l'absence de textes à ce sujet, que celui de savoir si le curateur d'un mineur émancipé est toujours datif et nommé par le conseil de famille, ou s'il n'y a pas lieu, dans certains cas, à une curatelle légitime et se réalisant de plein droit.

Si l'on s'en tenait à notre article, on dirait que le curateur est toujours nommé par le conseil; mais cette théorie ne nous paraît guère admissible. Et d'abord, est-il bien certain que cet article entende parler de tous les cas d'émancipation? Ne doit-on pas croire plutôt qu'il se lie aux deux articles précédents et ne prévoit comme eux que l'émancipation accordée à un mineur en tutelle? Ce n'est qu'à propos du compte de tutelle que notre article nous parle de nomination de curateur; mais quand c'est le père ou la mère qui, pendant leur mariage, émancipe l'enfant, il n'y a pas de compte de tutelle à rendre; en sorte que l'autorité de notre article nous manque déjà par ses termes mêmes. D'un autre côté, nous savons que pendant le mariage le conseil de famille n'existe pas; il ne commence qu'avec la tutelle, d'après les articles 405 et 421, dont les dispositions sont d'ailleurs conformes à la déclaration du Tribunat (*voy.* l'Appendice à l'art. 383). Ainsi, la combinaison des trois art. 405, 421 et 480 restreint déjà la curatelle dative au cas où l'enfant était en tutelle avant l'émancipation. En effet, tant que le mariage dure, comment le père (et à son défaut la mère), qui exerce, sans aucun contrôle de la famille, la gestion des biens de l'enfant, se verrait-il enlever, par suite d'une émancipation qui n'émane que de sa volonté, jusqu'au droit d'assister cet enfant comme curateur! Comment le conseil de famille, qui n'existe pas encore et qui n'est pour rien absolument dans l'émancipation, se trouverait-il tout d'un coup sorti de dessous terre, réuni on ne sait par qui ni comment, et investi du droit de contrôler ce père comme curateur, et même de ne pas lui donner la curatelle!... Nous pensons que toutes les fois que l'enfant sera émancipé pendant le mariage de ses père et mère, c'est l'auteur qui l'émancipe qui sera son curateur légitime (1).

Delvincourt va beaucoup plus loin que nous. Il veut que la curatelle soit légitime, à l'instar de la tutelle, pour tous les ascendants de l'enfant, sans distinguer si l'émancipation a lieu pendant le mariage ou quand la tutelle existe déjà; il n'excepte même pas le cas où l'enfant, placé sous la tutelle d'un ascendant après la mort des père et mère, serait émancipé *par le conseil de famille*... C'est évidemment dépasser de beaucoup l'esprit de la loi et violer un texte positif. Nous ne pouvons pas échapper à notre article, qui veut que, quand il y a lieu à compte de tutelle, le curateur soit nommé par la famille.

Le cas de curatelle légitime que nous venons d'indiquer n'est toute-

(1) *Contrà :* Douai, 22 déc. 1863 (Dev., 65, II, 13).

fois pas le seul; il est encore une circonstance où la raison la demande impérieusement et pour laquelle la loi la consacre implicitement : c'est pour la femme émancipée tacitement par son mariage. Que ce mariage (et par suite l'émancipation) soit permis par les père et mère, ou par les autres ascendants à défaut de ceux-ci, ou par le conseil de famille à défaut d'ascendants, il est clair que c'est toujours le mari (pourvu qu'il soit majeur) qui doit être le curateur de sa femme; les convenances, les bonnes mœurs ne permettent pas que ce titre appartienne à aucun autre; et cette curatelle légale du mari majeur sur sa femme est consacrée en effet par l'art. 2208 (*voy.* art. 224, n° III) (1).

294. Pendant l'émancipation, la compétence du juge de paix, et par suite le siége et la composition du conseil de famille, suivraient, selon nous, le domicile du mineur, tant qu'il n'y a pas eu *nomination* du curateur; du moment qu'un curateur a été nommé par le conseil, le siége de ce conseil doit rester invariable. On doit le décider ainsi par analogie avec la tutelle.

481. — Le mineur émancipé passera les baux dont la durée n'excédera point neuf ans; il recevra ses revenus, en donnera décharge, et fera tous les actes qui ne sont que de pure administration, sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même.

I. — 295. La capacité du mineur émancipé varie selon l'importance des actes, lesquels, par rapport à lui, se divisent en cinq classes : deux pour les actes de simple administration, et trois pour les actes plus importants.

1° Il peut, en principe, faire seul et avec la même capacité qu'un majeur tous les actes d'administration (texte de notre art. 481).

2° Cependant, il est certains actes d'administration pour lesquels la loi autorise, sous certaines conditions, la réduction des engagements par lui pris (art. 484, alin. 2).

Les actes dépassant les limites d'une simple administration se partagent en trois catégories.

3° Pour quelques-uns de ces actes, l'assistance du curateur est nécessaire au mineur émancipé et lui suffit (art. 480, 482, 840, 935, et art. 2 de la loi du 24 mars 1806).

4° Il en est pour lesquels le mineur, outre l'assistance du curateur, doit obtenir l'autorisation de la famille et remplir les autres formalités voulues dans le cas de tutelle (art. 433 et 484, alin. 1).

5° Enfin, il en est quelques-uns pour lesquels l'émancipation ne produit aucune espèce d'effet, et laisse identiquement le mineur dans la même position. Tout ceci, au surplus, n est relatif qu'aux matières civiles. Nous verrons plus loin (art. 487) que quand le mineur éman-

---

(1) *Conf.* Pigeau (I, p. 98); Delvincourt, Duranton (III, 678); Pau, 14 mars 1811; *Dict. not.* (v° Mineur, n° 90).

cipé est autorisé à faire le commerce, il a pour les actes de ce commerce la même capacité qu'un majeur.

II. — 296. Et d'abord, le mineur émancipé peut, d'après notre article, faire seul tous les actes de simple administration. Ainsi, il peut, sans aucune assistance ni formalité, donner ses biens en location (mais pour neuf années au plus); recevoir ses revenus et en donner décharge; vendre et échanger ses récoltes, et les produits quelconques de son industrie ou de son travail; placer ses capitaux à intérêt ou en achat de rentes ou d'immeubles; prendre des biens à loyer, des domestiques à gages; se louer lui-même comme domestique; disposer à titre onéreux de ses meubles; plaider relativement à tous ses droits mobiliers, etc., etc. (1).

Pour tous ces actes, l'émancipé est mis (en général et sauf l'exception de l'art. 484, alin. 2, laquelle fait naître la deuxième catégorie indiquée plus haut) sur la même ligne que les majeurs : en sorte qu'il ne pourrait faire annuler ces actes que pour erreur, violence ou dol (articles 1109, 1117 et 1304); mais non pour simple lésion, comme le pourrait le mineur non émancipé. En effet, l'art. 1305 déclare que la lésion fait rescinder toutes sortes de conventions pour le mineur non émancipé, et pour le mineur émancipé celles seulement qui excèdent les bornes de sa capacité.

482. — Il ne pourra intenter une action immobilière, ni y défendre, même recevoir et donner décharge d'un capital mobilier, sans l'assistance de son curateur, qui, au dernier cas, surveillera l'emploi du capital reçu.

297. Cet article parle d'un capital *mobilier;* mais il est clair qu'il n'y en a pas d'immobiliers, puisqu'un capital est une somme d'argent. L'habitude d'ajouter l'épithète *mobilier* au mot *capital* est venue de ce qu'autrefois on distinguait les capitaux restés exigibles (qui étaient mobiliers, bien entendu) des capitaux non exigibles ou *rentes* constituées à prix d'argent, qui étaient réputés immeubles dans presque toutes les coutumes.

Notre article, combiné avec plusieurs autres, nous présente les actes formant la troisième des cinq catégories indiquées ci-dessus.

Ainsi, l'assistance du curateur est nécessaire (et suffisante aussi) au mineur émancipé, 1° pour recevoir et arrêter son compte de tutelle (art. 480); 2° pour plaider en matière mobilière (art. 482); 3° pour recevoir un capital (de quelque source qu'il provienne et encore que ce soit de ses économies), et pour en donner quittance (*ibid.*); 4° pour partager une succession (art. 840); 5° pour accepter une donation (art. 935); 6° enfin, pour transférer les inscriptions de rentes sur l'État, de 50 francs ou au-dessous (L. 24 mars 1806, art 2).

---

(1) *Conf.* Rouen, 12 mars 1855 (Dev., 56, II, 410); *Dict. not.* (v° Mineur, n° 74). — Il peut défendre aux actions mobilières, sans qu'il soit nécessaire de mettre en cause son curateur. Amiens, 8 fév. 1862 (Dev., 62, II, 110).

L'assistance est requise même pour le partage d'une succession purement mobilière ; car l'art. 840 ne distingue pas, et les fortunes mobilières sont aujourd'hui trop considérables et trop fréquentes pour qu'on attribue à un oubli du législateur l'absence de distinction. Il est vrai que notre art. 482 permet au mineur émancipé, par *à contrario,* de plaider sans son curateur en matière mobilière; mais alors, du moins, il sera protégé par la prudence des juges et du ministère public. Aussi voyons-nous que notre article lui-même exige l'assistance pour recevoir les capitaux, tout mobiliers qu'ils soient.

Quand il s'agit de recevoir un capital, le curateur n'est pas seulement tenu d'assister le mineur lors du payement, il doit encore surveiller l'emploi que celui-ci fera de l'argent reçu. Par conséquent, il serait responsable de l'emploi mauvais imputable à sa négligence. Et ce n'est pas seulement dans ce cas de placement d'un capital qu'il répondrait du tort causé par sa négligence, ce serait dans tous les cas où son assistance est requise. Cette décision ne peut guère être douteuse en face de l'art. 1383, qui consacre ce principe d'équité, que « chacun est responsable du dommage qu'il a causé par sa négligence ou par son imprudence. » Il importerait peu, du reste, que la faute à lui reprochée consistât à avoir donné son assistance alors qu'il aurait dû la refuser, ou à l'avoir refusée quand il aurait dû la donner (1). — Toullier commet donc une erreur, selon nous, quand il déclare qu'il n'existe aucune responsabilité pour le curateur (t. II, n° 1297).

483. — Le mineur émancipé ne pourra faire d'emprunts, sous aucun prétexte, sans une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur impérial.

484. — Il ne pourra non plus vendre ni aliéner ses immeubles, ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé.

A l'égard des obligations qu'il aurait contractées par voie d'achats ou autrement, elles seront réductibles en cas d'excès : les tribunaux prendront, à ce sujet, en considération la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses.

SOMMAIRE.

I. Quatrième catégorie. — Elle comprend toute espèce d'emprunts, mais non le droit d'intenter l'action immobilière et de provoquer le partage. Dissentiment avec Toullier et Delvincourt. — Elle comprend aussi tout contrat d'hypo-

---

(1) Les tribunaux peuvent intervenir pour régler l'emploi des capitaux à recevoir par un mineur émancipé, lorsqu'il leur apparaît que l'emploi projeté par le curateur est de nature à compromettre les intérêts du mineur. Douai, 22 déc. 1863 (Dev., 65, II, 13).

thèque. Erreur de Toullier (reconnue par M. Duvergier), de M. Duranton et de M. Zachariæ.

II. Explication des deuxième et cinquième catégories.

III. Dissentiment avec M. Demante, qui admet six catégories d'actes.

I. — 298. Le premier de ces articles et le premier alinéa du second nous présentent les actes de la quatrième catégorie, ceux pour lesquels l'émancipé doit remplir les mêmes formalités que le tuteur du mineur non émancipé. Tout le monde n'est pas d'accord sur l'étendue de cette classe d'actes.

Ainsi, malgré les termes de l'art. 483, quelques-uns ne veulent pas ranger dans cette classe les emprunts qui ne dépassent pas une année de revenus ; ils veulent que de tels emprunts soient valables sans l'autorisation du conseil. Mais cette doctrine est généralement repoussée, et avec raison. En effet, des emprunts considérables et dépassant le chiffre des revenus n'auraient pu, évidemment, être regardés par personne comme des actes de pure administration ; et dès lors les rédacteurs ne se seraient pas donné la peine d'écrire l'art. 483 uniquement pour défendre de tels emprunts. C'est donc toute espèce d'emprunts que cet article entend proscrire. D'ailleurs, l'historique de la rédaction de la loi ne laisse pas de doute sur ce point, puisque l'article du projet permettait au mineur d'emprunter *jusqu'à concurrence d'une année de revenus,* et que cet article a été remplacé par le nôtre, sur cette observation de Cambacérès, que le mineur ne devait *jamais* emprunter sans l'autorisation de la famille (Fenet, t. X, p. 565 et 594).

Au contraire, d'autres jurisconsultes, notamment Delvincourt, veulent faire rentrer dans cette catégorie des actes que la loi n'a pas voulu y placer, et ce, en prenant dans un sens absolu cette phrase de l'alinéa 1 de notre art. 484 : « L'émancipé ne pourra faire aucun acte autre que ceux de pure administration sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé. » Ainsi, ils veulent que, par la combinaison de cette disposition avec l'art. 464, l'émancipé ne puisse intenter une action immobilière qu'avec l'autorisation de la famille, nonobstant l'article 482 qui n'exige que l'assistance du curateur. Mais n'est-ce pas là une erreur certaine ? Il est évident que la disposition *générale* de notre alinéa n'est écrite et ne peut s'entendre que sauf la restriction qu'y apportent les dispositions *spéciales* des autres articles. Ainsi, quoique l'autorisation de la famille soit nécessaire au mineur non émancipé pour provoquer un partage d'après l'art. 465, et que dès lors elle serait nécessaire aussi à l'émancipé d'après la phrase générale de notre alinéa, cependant il n'en sera pas ainsi, l'art. 480 déclarant positivement qu'il lui suffit de l'assistance du curateur. Ainsi encore, quoique la donation faite au mineur non émancipé ne puisse être acceptée qu'avec l'autorisation de la famille (art. 463), celle faite à l'émancipé pourra l'être avec la simple assistance du curateur, d'après la disposition formelle de l'art. 935. Ces trois art. 935, 840 et 482 apportent donc une exception évidente à notre alinéa 1. Et qu'on ne dise pas, pour cet arti-

cle 482, qu'il *exige* bien l'assistance du curateur, mais qu'il ne la déclare pas *suffisante ;* car il est palpable, d'abord, que le législateur ne se serait pas donné la peine de parler, dans la précédente catégorie, d'un acte qu'il aurait entendu ranger sous les règles beaucoup plus sévères de la catégorie suivante. D'ailleurs, ce subterfuge n'est plus possible pour les art. 840 et 935, qui, eux, sont rédigés de manière à prouver que l'assistance du curateur est suffisante ; or, quand on est forcé de reconnaître deux exceptions à une règle, on ne peut plus argumenter de la prétendue valeur *absolue* de cette règle. Puis enfin, le cas prévu par l'art. 840, la provocation d'un partage, est tout aussi grave que celui de l'art. 482 ; pourquoi donc s'étonner plus du second que du premier?... Aussi d'autres jurisconsultes, plus conséquents que Delvincourt, méconnaissent-ils l'exception de cet art. 840, aussi bien que celle de l'art. 842 ; malheureusement ils reculent ensuite devant l'article 935, ce qui prouve qu'ils sont dans l'arbitraire. Il est donc certain que les spécialités de ces trois articles sont des restrictions à la règle générale de notre alinéa (1).

Mais hors ces trois cas exceptionnels, l'émancipé ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil les actes pour lesquels le tuteur aurait lui-même besoin de cette autorisation, et il doit accomplir les mêmes formalités : ainsi, une acceptation ou une répudiation de succession (art. 461) (2) ; une transaction, quel qu'en soit l'objet et alors même qu'il s'agirait de ses revenus (art. 467) ; l'acquiescement à une action immobilière (art. 464) ; l'aliénation d'une inscription de rente sur l'État dépassant 50 francs (L. 24 mars 1806, art. 3).

299. Maintenant, le contrat d'hypothèque doit-il être *toujours* rangé dans notre quatrième catégorie ; ou bien doit-on le faire monter dans la première, et le permettre à l'émancipé seul, dans le cas où l'hypothèque doit garantir une obligation que cet émancipé peut contracter seul?... Toullier (II, 1298), M. Duranton (III, 673) et M. Zachariæ (I, p. 265) adoptent cette dernière opinion. Leur argumentation (développée surtout dans M. Duranton) se résume à ceci : L'hypothèque ne nuit qu'aux différents codébiteurs du créancier, en donnant à l'un une préférence sur les autres ; elle ne nuit nullement au créancier lui-même, car ses immeubles peuvent tout aussi bien être saisis et vendus par de simples créanciers chirographaires que par des créanciers hypothécaires, tout individu qui s'oblige donnant droit de gage sur tous ses biens (art. 2092 et 2093). Donc, il n'y avait aucune raison de défendre à l'émancipé d'hypothéquer, dans les limites où on ne lui défendait pas de s'obliger. Aussi, l'art. 484, en lui défendant d'aliéner ses immeubles, ne lui défend pas de les hypothéquer.

Tout ceci est loin d'être exact. Il est faux que l'hypothèque ne nuise pas au créancier : car elle a pour effet immédiat de tuer son crédit ; et

---

(1) *Conf.* Duranton (III, 690 et 691) ; Zachariæ (I, p. 266). Quant à Toullier (II, 1297 et 1298), il admet l'exception de l'art. 482, et, chose étrange, il rejette celle de l'art. 840.

(2) *Conf.* Douai, 30 mai 1856 (Dev., 56, II, 557 ; Dall., 57, II, 10).

malgré tous les arguments de M. Duranton, il n'est pas un seul propriétaire qui n'aime cent fois mieux s'obliger purement qu'hypothécairement. La raison en est toute simple, puisque l'hypothèque, donnant à votre créancier un droit réel sur l'immeuble, ne vous permet plus ni de le vendre, ni de l'offrir en garantie à un autre; en sorte que cet immeuble est pour vous comme s'il n'était plus vôtre... Supposez un jeune homme qui possède une ferme de 60 000 fr., puis des capitaux et des valeurs mobilières considérables. S'il a 50 000 fr. de dettes chirographaires, il n'en trouvera pas moins facilement une dot de 60 000 fr. que le beau-père verra garantie sur la ferme par l'hypothèque légale de sa fille; que si les 50 000 fr. de dettes sont hypothéqués sur la ferme, ce même beau-père ne voudra peut-être pas lui donner une dot de 5 000 écus.

La loi devait donc mettre l'hypothèque (sans s'occuper de savoir quelle est l'obligation qu'elle garantit) sur la même ligne que l'aliénation même de l'immeuble sur lequel on l'accorde. C'est aussi ce qu'elle a fait ; l'art. 2124 déclare qu'une hypothèque ne peut être consentie (quelle que soit l'obligation) que par celui qui peut aliéner l'*immeuble* qu'il y soumet; or, notre art. 484 défend à l'émancipé d'aliéner ses immeubles sans les formalités voulues pour le non-émancipé. L'article 2126 répète la même chose en ne permettant l'hypothèque pour les biens des mineurs (émancipés ou non) que pour les causes et dans les formes précisées par la loi. Ces articles seraient certes bien suffisants, alors même que le nôtre serait muet; mais il ne l'est pas. En effet, aucun texte ne permettant l'hypothèque à l'émancipé, elle est donc comprise dans la phrase générale qui défend à cet émancipé, sans les formalités voulues pour le non-émancipé, tout autre acte que ceux de *pure administration ;* elle y est comprise comme l'acceptation d'une succession, comme l'acquiescement à une action immobilière, comme l'aliénation d'une rente sur l'État au-dessus de 50 fr., etc. Lors donc que l'administration des biens de l'émancipé rendra nécessaire la concession d'une hypothèque, il devra recourir à l'autorisation de la famille et aux formes voulues, comme il doit y recourir quand cette administration exige qu'il fasse un emprunt, si modique qu'il soit.

L'art. 6 du Code de commerce, que M. Duranton invoque à l'appui de sa doctrine, est au contraire d'un certain poids contre elle. Car si le législateur avait entendu que la capacité de s'obliger pour tel objet contenait le droit d'hypothéquer, il n'aurait pas écrit un article tout exprès pour donner au mineur commerçant le droit d'hypothéquer, après avoir dit (art. 487) que ce mineur a pour son commerce la même capacité qu'un majeur (1).

II. — 300. Il nous reste à voir les deuxième et cinquième catégories.

---

(1) *Conf.* Proudhon (II, p. 438); Valette (*ibid.*), qui cite à tort Toullier comme professant la même doctrine; Duvergier (sur Toullier).

La deuxième, dont s'occupe l'alinéa 2 de notre article, comprend des actes de pure administration, qui dès lors peuvent être faits par l'émancipé seul, mais avec une circonstance particulière, qui les fait différer de ceux de la première catégorie dont parle l'art. 481. Il s'agit des obligations de sommes d'argent dont l'émancipé se constitue débiteur par des achats de choses mobilières ou par d'autres actes du même genre. Ainsi, l'*achat* de vins, de denrées, de bijoux, d'ameublements, de chevaux et équipages, d'objets de luxe, etc. ; la *location* d'appartements, de jardins, parcs de chasse, de domestiques ; la construction d'ouvrages de fantaisie, tels qu'un château, etc., etc. Les engagements ainsi contractés ont cela de particulier, que quand ils sont excessifs (c'est-à-dire peu proportionnés à la fortune de l'émancipé et inutiles à sa position) ils doivent être réduits par les tribunaux, s'il y a faute ou grave imprudence de la part des fournisseurs ou autres parties contractantes.

Notre article a tort, évidemment, de présenter l'inutilité de la dépense, sa disproportion avec la fortune, et la mauvaise foi du contractant, comme trois éléments qui restent à considérer après que l'engagement aurait été reconnu excessif. Il est clair qu'il n'en reste alors qu'un seul, la mauvaise foi, car l'inutilité de la dépense et sa disproportion avec la fortune sont précisément ce qui en constitue l'excès. Du reste, cette mauvaise foi, cette faute imputable, existera la plupart du temps; car il s'agira presque toujours d'actes qui, vu leur prix élevé et leur peu d'utilité, ne devaient pas être consentis par un homme prudent vis-à-vis d'un homme inexpérimenté (1).

Restent enfin les actes pour lesquels l'émancipation ne produit aucune espèce d'effet (2). Ce sont : 1° le compromis, qui est absolument interdit à tous mineurs (combin. les art. 1004 et 83, 6°, C. proc.); 2° toute disposition à titre gratuit, eût-elle pour objet des capitaux ou autres meubles, laquelle leur est également interdite, en principe du moins.

Nous disons que les dispositions à titre gratuit ne sont interdites au mineur (émancipé ou non) *qu'en principe*. En effet, le mineur peut disposer valablement par testament, pourvu 1° qu'il ait seize ans, et 2° qu'il ne donne que la moitié de ce que pourrait donner un majeur (art. 903 et 904). Quant aux donations entre-vifs, il n'en peut faire que dans son contrat de mariage; là, par faveur pour le mariage, la loi lui accorde la même capacité qu'à un majeur, sous la seule condition d'être

---

(1) Jugé que le mineur émancipé peut faire réduire en cas d'excès toutes les obligations par lui contractées, même celles qui dépassent sa capacité et contre lesquelles il a l'action en rescision pour cause de lésion. Cass., 29 juin 1857 (Dev., 57, I, 729; Dall., 58, I, 33).

(2) Nous donnons pour signe distinctif à cette cinquième catégorie la circonstance que, pour les actes qu'elle comprend, l'émancipation ne produit aucun effet : cette catégorie est effectivement la seule pour laquelle il en soit ainsi. Même dans la quatrième catégorie, quoiqu'il s'agisse d'actes pour lesquels l'émancipé a besoin des mêmes formalités que le pupille, l'émancipation produit cependant un effet très-sensible; c'est que l'acte est fait par le mineur lui-même, tandis que s'il y avait encore tutelle il le serait par son tuteur, sans que lui, mineur, y figurât en rien.

assisté des personnes du consentement desquelles il a besoin pour se marier (art. 1095, 1398 et 1309; *voy.* aussi l'explication de l'art. 149, n° IV). Mais cette capacité exceptionnelle du mineur pour les dispositions gratuites n'a aucun rapport avec l'émancipation; elle est identiquement la même pour le pupille que pour le mineur émancipé.

Au reste, l'incapacité de donner, qui frappe en principe tout mineur, n'empêcherait pas l'émancipé, on le conçoit, de faire valablement les petits dons manuels, les cadeaux et présents d'usage dans mille circonstances; ce n'est pas là-dessus que la loi a entendu faire porter sa prohibition : *de minimis non curat prætor*. Il faudrait déclarer valable aussi la remise de loyers que l'émancipé ferait à son fermier pour de graves et justes causes, par exemple, la perte d'une récolte. Ce n'est pas là une vraie donation; c'est un acte d'administration loyale et prudente, qui a pour but de maintenir le fermier en état de bien exploiter la ferme.

III. — 301. On doit comprendre facilement maintenant les cinq catégories d'actes que nous avions indiquées sous l'art. 481; et nous ne saurions nous ranger sur cette matière à la doctrine enseignée par M. Demante (t. I, n°s 475 à 481). — D'après le savant professeur, il faudrait admettre non pas seulement cinq catégories d'actes, mais six. En effet, il reconnaît, 1° les actes de pure administration que le mineur fait comme le ferait un majeur (n° 475 du *Prog. : c'est notre* 1re *catégorie*); 2° ceux qu'il ne fait qu'avec l'assistance du curateur (n°s 476 et 477 : *c'est notre* 3e *catégorie*); 3° ceux pour lesquels il faut certaines formes (n°s 476 et 477 : *c'est notre* 4e *catégorie*); 4° ceux qui lui sont interdits (n°s 477 et 488 : *c'est notre* 5e *catégorie*); 5° des actes qui ne sont pas de simple administration, que cependant il peut faire seul; mais sauf rescision pour simple lésion, d'après l'art. 1305 (n°s 476 et 481, alin. 1: *c'est la catégorie que nous n'admettons pas*); 6° enfin, les actes d'administration qu'il fait seul, mais qui peuvent être frappés de réduction (n°s 476 et 481, alin. 2 : *c'est notre* 2e *catégorie*).

Nous ne voyons pas de quels actes pourrait se composer la 5e classe présentée par M. Demante; cette classe nous paraît arbitraire et prise en dehors de la théorie de la loi. M. Demante dit qu'il s'agit d'actes qui ne sont pas de pure administration, et que cependant l'émancipé peut valablement faire seul (n° 481). Mais quel est donc l'article du Code qui permet à l'émancipé de faire seul d'autres actes que ceux de pure administration?... M. Demante ajoute que ces actes seront rescindables pour simple lésion, d'après l'art. 1305. Mais s'il s'agit d'actes que l'émancipé peut valablement faire seul, ils n'excèdent donc pas sa capacité; or, l'art. 1305 ne permet la rescision pour lésion que contre les actes *qui excèdent les bornes de la capacité* du mineur émancipé...

Telle n'est donc pas la théorie de la loi. La loi présente deux grandes classes d'actes : 1° les actes d'administration, pour lesquels le mineur est personnellement capable, et qui dès lors ne peuvent jamais être rescindés pour simple lésion d'après l'art. 1305; quelques-uns d'entre eux peuvent seulement être *réduits* quand il y a excès d'une part et

mauvaise foi de l'autre; 2° les actes qui dépassent les bornes d'une simple administration et pour aucun desquels le mineur n'a capacité : c'est pour tous ceux-là que l'émancipé peut être restitué d'après l'article 1305. En effet, cet art. 1305 revient à dire que le mineur (émancipé ou non) est restituable contre tout acte qu'il ne peut faire seul; et c'est parce que le mineur non émancipé ne peut faire seul *aucuns actes,* qu'il est restituable *pour tous.*

Aussi la doctrine de M. Demante n'est-elle partagée pas aucun auteur. Toullier (t. II, n°s 1297 et suiv.), M. Duranton (t. III, n°s 668 et suiv.), M. Zachariæ, (t. I, p. 264 et suiv.), etc., présentent tous des systèmes qui, sauf les différences de formes, sont complétement d'accord avec celui que nous avons adopté.

485. — Tout mineur émancipé dont les engagements auraient été réduits en vertu de l'article précédent, pourra être privé du bénéfice de l'émancipation, laquelle lui sera retirée en suivant les mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la lui conférer.

486. — Dès le jour où l'émancipation aura été révoquée, le mineur rentrera en tutelle, et y restera jusqu'à sa majorité accomplie.

SOMMAIRE.

I. C'est l'excès des engagements et non leur réduction qui permet la révocation. Elle doit se faire dans les formes par lesquelles l'émancipation pourrait actuellement se conférer. Elle n'est pas possible pour le mineur actuellement marié ou qui a des enfants de son mariage.

II. Comment se règle alors la délégation de la tutelle.

I. — 302. Quand le mineur émancipé abuse de la demi-capacité qu'on lui avait conférée, et la tourne contre lui-même, il est juste que, dans son propre intérêt, on la lui retire. C'est ce que veulent nos deux articles.

Mais le premier de ces articles est mal rédigé et rend mal la pensée des législateurs, quand il indique et la cause et les formes de la révocation. Ce n'est pas la réduction des engagements excessifs, c'est leur excès même qui doit motiver cette révocation; de même, ce n'est pas le mode d'après lequel l'émancipation a été conférée qu'il faut suivre pour la retirer, mais celui qu'il faudrait suivre s'il s'agissait de la donner aujourd'hui. Ainsi, 1° supposons que des engagements grandement excessifs n'ont cependant pas été réduits, vu la bonne foi de la partie contractante (aux yeux de laquelle le mineur, par de petits moyens de fraude, s'était fait passer pour beaucoup plus riche qu'il n'était), il est clair qu'on n'ira pas récompenser le mineur de sa fraude en lui conservant, sous prétexte qu'il n'y a pas eu réduction, une capacité qu'on lui eût enlevée s'il eût été plus loyal et que la faute eût été chez son contractant; 2° le second vice de rédaction est plus évident encore : il est palpable qu'un enfant émancipé par la déclaration de

son père ou de sa mère, lesquels sont morts postérieurement, ne peut plus perdre le bénéfice de l'émancipation que par une délibération du conseil de famille.

Au reste, l'état du mineur non émancipé étant, dans la pensée de la loi, incompatible avec la qualité d'époux, il s'ensuit que, quand l'enfant est actuellement marié (soit qu'il ait été émancipé par son mariage même, ou qu'il se soit marié après l'émancipation), l'émancipation ne pourra lui être retirée. Si la loi n'avait pas regardé le mariage comme complétement incompatible avec la qualité de mineur en tutelle, elle aurait au moins permis aux parents de maintenir en tutelle l'enfant qu'ils marient, au moyen d'une déclaration formelle; elle ne les aurait pas mis dans l'alternative absolue ou de lui conférer tacitement l'émancipation, ou de manquer une union avantageuse pour lui. Elle aurait dit dans l'art. 476 : Le mineur sera émancipé par son mariage, *s'il n'y a déclaration contraire de la part de ceux dont il dépend.* Le mineur marié sera donc toujours émancipé forcément.

Il en serait de même s'il était veuf, mais qu'il eût des enfants de son mariage, puisque la loi lui accorde, vis-à-vis de ces enfants, des droits incompatibles avec la qualité de pupille.

Enfin, une dernière conséquence de cette incompatibilité de l'état de mariage avec l'état de mineur en tutelle, c'est que l'enfant qui a perdu l'émancipation se trouverait émancipé de plein droit s'il venait à se marier ensuite. L'art. 486, quand il dit que l'enfant restera en tutelle jusqu'à sa majorité, signifie donc seulement qu'il ne pourra plus être l'objet d'une émancipation formelle.

Quant au mineur émancipé par mariage, mais qui n'est plus époux et qui n'a pas d'enfants, il peut être remis en tutelle, malgré la cause d'où provenait son émancipation. L'article du projet, qui ne parlait que du « mineur émancipé *autrement que par mariage* », a perdu ces derniers mots lors de la rédaction définitive (Fenet, X, p. 566).

On a voulu argumenter de la suppression de ces mots pour prouver que le mineur marié peut aussi bien qu'un autre être privé de l'émancipation. Mais cette conclusion n'a rien de logique; ces mots devaient être retranchés dans notre système, aussi bien que dans le système contraire. En effet, ils auraient eu pour résultat : 1° d'empêcher la révocation pour le mineur veuf sans enfants, laquelle est permise; 2° de l'autoriser par *à contrario* pour le mineur actuellement marié, dont le mariage n'aurait eu lieu que postérieurement à son émancipation.

II. — 303. Un point nous reste à examiner : comment se réglera la délation de la tutelle lors de la révocation de l'émancipation?... Remarquons, d'abord, que quand l'enfant était déjà en tutelle au moment de l'émancipation, ce n'est pas la même tutelle qui continue lors de la révocation. La tutelle antérieure a cessé; il y a eu reddition de compte : c'est une tutelle nouvelle qui commence. Donc, l'ancien tuteur n'a jamais droit, en cette seule qualité, de rentrer en fonctions.

Voyons maintenant si cette tutelle nouvelle (ou cette *première* tutelle, quand l'enfant a été émancipé pendant le mariage de ses auteurs) doit toujours être déférée par le conseil de famille, ou bien si (et quand) il peut y avoir lieu à la tutelle légitime.

Quand c'est par le conseil de famille que l'émancipation est retirée, à défaut des père et mère, c'est à ce conseil, selon nous, de nommer un tuteur, encore bien qu'il existe des ascendants. En effet, le conseil étant alors le seul dépositaire de l'autorité sur l'enfant, et se trouvant le maître d'ouvrir ou non la tutelle en révoquant ou en maintenant l'émancipation, il n'y a pas plus lieu à la tutelle légale de ces ascendants que quand ce même conseil a rendu la tutelle légale vacante en excusant ou en destituant le survivant des père et mère (art. 404, n° II). Il en serait de même, évidemment, encore que l'émancipation fût retirée par le survivant des père et mère, si ce survivant était déchu ou excusé de la tutelle légale, puisque, par là, le droit de nomination aurait passé au conseil de famille. Mais si l'émancipation est retirée par le survivant des père et mère qui exerçait la tutelle légale dès le moment de l'émancipation, ou qui s'y est trouvé appelé depuis par la mort de son conjoint (survenue après cette émancipation), alors, comme aucune autorité sur l'enfant n'a passé encore au conseil de famille, le droit de nomination ne saurait lui appartenir, et c'est le survivant qui deviendra (ou redeviendra) tuteur légal ; et s'il mourait, la tutelle passerait soit au tuteur testamentaire par lui élu, soit aux autres ascendants, soit à un tuteur datif, d'après les règles ordinaires.

304. Nous avons dit plus haut que, suivant nous, la révocation de l'émancipation ne fait pas reparaître l'usufruit légal.

487. — Le mineur émancipé qui fait un commerce, est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce.

305. Les conditions sous lesquelles le mineur émancipé peut faire le commerce sont indiquées par l'art. 2 du Code de commerce. Le mineur commerçant peut, pour son commerce, consentir toute espèce d'actes, même l'hypothèque de ses immeubles (C. comm., art. 5, alin. 1), mais non pas cependant leur aliénation (*ibid.*, alin. 2).

Pour le cas de contestation sur la commercialité de l'acte, appliquez ce que nous avons dit sous l'art. 220, n° III.

Ainsi, le mineur commerçant pour les actes de son commerce, comme l'émancipé ordinaire pour les actes de la première catégorie, peut toujours agir seul, et ne peut pas dès lors invoquer la restitution pour lésion dont parle l'art. 1305.

RÉSUMÉ DU TITRE DIXIÈME.

DES MINEURS.

I. — On appelle *mineur,* c'est-à-dire plus jeune que l'âge légal, l'individu qui n'a pas encore atteint l'âge auquel la loi fixe, par présomption générale, la capacité des personnes. Cet âge est celui de vingt et un ans, lequel se compte d'heure à heure (art. 368).

II. — La loi divise les mineurs en deux classes : les mineurs ordinaires et les mineurs émancipés.

Tant qu'il n'est pas émancipé, le mineur est en général incapable des actes de la vie civile (1); il a bien la jouissance des droits civils, mais il n'en a pas l'exercice : cet exercice est confié à une personne chargée de le représenter. Ce mineur non émancipé, s'il est enfant légitime, peut être soumis successivement : 1° à la puissance paternelle seulement ; 2° à la puissance paternelle et à la tutelle tout ensemble ; 3° à la tutelle seulement. Quant à l'enfant naturel reconnu, il doit toujours être en tutelle; mais sa tutelle peut aussi ou être seule, ou coexister avec la puissance paternelle. — La coexistence de la puissance paternelle et de la tutelle se présente tant que l'auteur naturel, ou le survivant des auteurs légitimes, n'est pas déchu de sa puissance. En effet, cette puissance lui donne le droit d'éducation (et aussi, quand c'est un auteur légitime, le droit d'usufruit), tandis que c'est du pouvoir tutélaire que découle, pour lui-même ou pour un autre, le droit d'administration des biens.

L'émancipation affranchit le mineur de la puissance paternelle et de la tutelle, et elle lui apporte une certaine capacité, qui le place dans un état intermédiaire entre la minorité ordinaire et la majorité.

Du reste, que le mineur soit ou non émancipé, il se trouve toujours, depuis le moment où il tombe en tutelle jusqu'à sa majorité, sous la protection d'un conseil de famille revêtu d'importantes fonctions.

III. — Ce qui concerne la puissance paternelle ayant fait l'objet du Résumé précédent, il nous reste à traiter ici : 1° de la Tutelle; 2° de l'Émancipation, qui la termine et lui succède; 3° enfin, du Conseil de famille, qui existe pendant toute la durée de la tutelle et de l'émancipation. Ce sera l'objet de trois chapitres.

---

(1) Nous disons en général, car il est quelques actes pour lesquels il a capacité; ainsi : 1° une reconnaissance d'enfant naturel; 2° un testament, pourvu, dans ce dernier cas, qu'il ait seize ans accomplis et qu'il ne dispose que de la moitié de ce que pourrait donner un majeur.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA TUTELLE DES MINEURS.

IV. — La tutelle commence, pour l'enfant légitime, par la dissolution du mariage de ses père et mère, par conséquent à la mort de l'un d'eux; et pour l'enfant naturel, dès sa naissance même (art. 390). Elle finit, ou 1° par la majorité de l'enfant, ou 2° par son émancipation, ou 3° par sa mort.

V. — En outre du conseil de famille, investi de la haute surveillance sur tout ce qui intéresse le pupille, on a dans toute tutelle, en face du tuteur, fonctionnaire principal chargé d'administrer, un second fonctionnaire chargé de contrôler et quelquefois de remplacer le premier : il prend le nom de subrogé tuteur. Tout ce qui concerne le conseil de famille devant être traité dans le chapitre III, nous n'aurons ici que trois sections, qui s'occuperont : la première, du tuteur; la deuxième, du tuteur subrogé; la troisième, des règles communes à ces deux fonctionnaires.

SECTION PREMIÈRE.

DU TUTEUR.

§ 1er. — Des diverses classes de tuteurs.

VI. — En outre des tuteurs *ad hoc* qui ne sont jamais chargés que d'une affaire spéciale et dont nous n'avons pas à nous occuper ici, les tuteurs ordinaires, chargés de la gestion générale de tout ce qui intéresse un pupille, se subdivisent en *tuteurs* simplement dits, *cotuteurs*, et *protuteurs*. La qualité de cotuteur va nous être expliquée dans ce paragraphe même, au numéro suivant; quant au protuteur, c'est un tuteur auxiliaire donné pour les biens des colonies au mineur domicilié en France, ou réciproquement.

Quant au principe d'où découle sa qualité, le tuteur est légitime, testamentaire ou datif. Le tuteur *légitime* ou *légal* est celui qui tient sa qualité de la seule disposition de la loi, sans aucune nomination; le tuteur *testamentaire* est celui que nomme le survivant des père et mère de l'enfant; le tuteur *datif* est celui que nomme le conseil de famille. Il n'y a de tutelle légale ou testamentaire que pour l'enfant légitime; la tutelle de l'enfant naturel est toujours dative (1).

VII. — *Tutelle légitime*. La tutelle légitime appartient d'abord au survivant des père et mère (art. 390), mais avec trois différences entre le mari et la femme.

1° La mère peut refuser la tutelle. Elle est seulement tenue, dans ce cas, de remplir tous les devoirs d'une tutrice jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur par le conseil de famille (art. 394).

---

(1) La qualification de *datif* (prise alors dans un sens plus large et pour signifier tout tuteur qui l'est par nomination) s'applique quelquefois au tuteur testamentaire.

2° Elle peut être soumise, pour la gestion de la tutelle, à un conseil composé d'une ou de plusieurs personnes, et sans l'assistance duquel certains actes ou même tous les actes lui sont interdits. Il faut que ce conseil ait été nommé par le père, dans les formes qui seront indiquées au n° IX pour la nomination du tuteur testamentaire. Le mari peut spécifier les actes pour lesquels l'assistance sera nécessaire : s'il n'a rien spécifié, l'assistance sera nécessaire pour tous (art. 391 et 392).

3° La mère qui se remarie ne conserve la tutelle légale qu'autant qu'elle y est maintenue par le conseil de famille, qui lui donne alors son second mari pour cotuteur; ce cotuteur perd sa qualité dès que la tutrice perd elle-même la tutelle.

Si la mère se remarie sans consulter le conseil, elle perd de plein droit sa tutelle légale. Mais, bien entendu, cette cessation de sa qualité ne diminue en rien sa responsabilité, que le second mari subit solidairement avec elle, même pour les actes antérieurs à leur mariage.

Que si, enfin, elle consulte le conseil avant son mariage, et qu'il ne la maintienne pas, ce conseil la remplace par un autre tuteur, et sa responsabilité cesse pour l'avenir sans s'étendre à son nouvel époux (articles 394-396).

N. B. — Lorsqu'à la mort du mari il n'existe pas d'enfant mineur, mais que la femme se déclare enceinte, le conseil de famille (tant pour administrer les biens dans l'intérêt de ceux à qui ils se trouveront appartenir, que pour empêcher la supposition ou substitution d'enfant) nomme un curateur au ventre. Si plus tard il naît un enfant viable, la mère en sera la tutrice légale, et le curateur en sera de plein droit le subrogé tuteur (art. 393).

VIII. — Après la mort du survivant des père et mère, pourvu qu'il ait conservé la tutelle légale jusqu'à la fin et qu'il n'existe point de tuteur testamentaire par lui élu, cette tutelle légale appartient aux ascendants mâles. La tutelle ainsi déférée aux ascendants n'est pas exercée par plusieurs à la fois (car la loi n'admet jamais qu'un seul tuteur), elle passe à celui qui se trouve le plus proche en degré : s'il en existe deux du même degré, appartenant chacun à une ligne différente, c'est à l'ascendant paternel; s'ils sont de ligne paternelle tous deux, c'est à l'ascendant *paternel du père* de l'enfant; s'ils sont tous deux de la ligne maternelle, le conseil de famille désigne celui qui doit l'emporter. Après la mort d'un premier ascendant tuteur légal (s'il a conservé cette tutelle légale jusqu'à la fin), elle passe à celui des ascendants survivants qui se trouve préférable d'après ces mêmes règles. Après la mort du second, elle peut, sous les mêmes conditions, passer à un troisième, et ainsi de suite; de manière 1° qu'un tuteur légal ne soit jamais appelé qu'à la mort d'un autre tuteur légal, et 2° qu'il n'y ait jamais discontinuité dans la durée de la tutelle légitime. En effet, 1° quand c'est de son vivant qu'un tuteur légitime cesse ses fonctions ou n'entre pas en fonctions, il y a lieu à la tutelle dative; et 2° dès qu'il y a lieu un seul

instant à cette tutelle dative, ou à la tutelle testamentaire, on ne revient plus à la tutelle légale (art. 402-404).

IX. — *Tutelle testamentaire.* Le survivant des père et mère peut, sous la condition d'exercer actuellement et de conserver jusqu'à sa mort la tutelle légale de l'enfant, nommer à cet enfant un tuteur, qui entrera en fonctions après la mort de ce survivant. La nomination se fait, soit dans l'une des formes voulues pour les testaments, soit par déclaration devant le juge de paix assisté de son greffier. Quand c'est par la mère remariée (et maintenue dans la tutelle légale) que la nomination est faite, elle n'a d'effet qu'autant qu'elle est confirmée par le conseil de famille ; mais malgré ce besoin de confirmation, le tuteur n'en est pas moins un tuteur testamentaire (art. 397-401).

X. — *Tutelle dative.* Il y a lieu à tutelle dative, c'est-à-dire à la nomination d'un tuteur par le conseil de famille, 1° quand il n'existe ni père, ni mère, ni ascendants mâles, ni tuteur nommé par les père ou mère ; 2° quand un tuteur légal refuse la tutelle, ou qu'il est incapable, exclu, excusé ou destitué ; en un mot, toutes les fois que ce tuteur légal, soit avant d'entrer en fonctions, soit après avoir géré déjà, est éloigné de la tutelle par toute autre cause que par sa mort ; 3° toutes les fois qu'un tuteur testamentaire, valablement nommé et survivant à celui qui l'a élu, se trouve, soit avant d'avoir géré, soit après, éloigné de la tutelle par quelque cause que ce soit, même par sa mort (art. 405).

§ 2. — Fonctions, droits et obligations du tuteur.

XI. — *Entrée du tuteur en fonctions.* L'obligation du tuteur de gérer, et par suite sa responsabilité et l'hypothèque légale qui la garantit, commencent, 1° pour le tuteur légitime, à partir de la connaissance par lui acquise du décès qui lui fait passer la tutelle ; 2° pour le tuteur testamentaire, à compter de l'ouverture de l'acte qui le nomme tuteur, s'il assiste à cette ouverture ; sinon, du jour où cet acte lui est notifié ; 3° pour le tuteur datif, du jour de la délibération du conseil, s'il y est présent ; sinon, du jour où on lui notifie sa nomination (art. 418).

XII. — Lors de son entrée en fonctions, le tuteur doit remplir diverses obligations qui varient selon les circonstances.

Quand le tuteur entrant est le premier tuteur de l'enfant, 1° il est tenu de requérir immédiatement l'apposition des scellés sur les objets dépendant de la succession échue au mineur par le décès qui a ouvert la tutelle ; si les scellés avaient été apposés, il serait tenu de les faire lever dans les dix jours à compter de celui où a commencé son obligation d'administrer.

2° Immédiatement après la levée des scellés, il doit faire dresser, en présence du subrogé tuteur, un inventaire des biens du mineur, inventaire qui servira de base plus tard à la reddition de son compte. S'il néglige de faire dresser un inventaire, l'état de la succession pourra être prouvé contre lui par témoins et même par commune renommée. Dans cet inventaire, le tuteur doit, sur la réquisition que le notaire est tenu

de lui adresser, déclarer les créances qu'il pourrait avoir contre le mineur; et ce, sous peine de déchéance. Si le notaire avait omis de faire la réquisition, le tuteur conserverait sa créance, et ce notaire serait responsable envers l'enfant.

3° Enfin, dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire, le tuteur est tenu de faire vendre, en présence du subrogé tuteur, aux enchères reçues par un officier public, et après affiches ou publications, tous les meubles corporels autres que ceux que le conseil l'autoriserait à garder en nature : à défaut de cette vente, il serait responsable de ce que la conservation en nature aurait fait perdre au mineur ou l'aurait empêché de gagner. Cette obligation de faire vendre les meubles n'existe pas, bien entendu, quand le tuteur est le survivant des père et mère, usufruitier légal des biens. Celui-ci trouve dans son titre d'usufruitier le droit de les conserver et de s'en servir, pour les restituer, à la fin de l'usufruit, dans l'état où ils se trouveront, sauf indemnité pour ceux qui se trouveraient alors détruits ou détériorés par sa faute : pour servir de base à cette indemnité, l'usufruitier légal doit faire estimer les meubles à ses frais, par un expert que nomme le subrogé tuteur et qui prête serment devant le juge de paix. Il en serait ainsi de tout tuteur qui aurait l'usufruit des biens de son pupille; seulement, cet usufruitier ordinaire serait tenu de donner caution (art. 451-453).

XIII. — Quand le tuteur entrant vient en remplacement d'un autre tuteur excusé, destitué ou décédé (mais dont le mineur n'est pas héritier), ce tuteur n'a rien autre chose à faire que de recevoir, en présence du subrogé tuteur, le compte du tuteur précédent; c'est ce compte, alors, qui lui fait connaître le patrimoine de l'enfant et qui sert de base au compte qu'il devra rendre lui-même. C'est lors de la réception de ce compte qu'il devra déclarer, sur la réquisition du subrogé tuteur, les créances qu'il peut avoir sur le mineur (*ibid.*).

XIV. — Que si le tuteur entrant vient remplacer un tuteur décédé dont le mineur est héritier, il doit accomplir tout ensemble les obligations indiquées pour les deux cas précédents. Il y a lieu alors à faire vendre les meubles; il y a lieu à la rédaction de l'inventaire et à la réception du compte : tous deux sont indispensables pour connaître le patrimoine et servir de base au compte futur.

Les scellés et l'inventaire sont nécessaires aussi, bien entendu, toutes les fois qu'une succession échoit au mineur dans le cours de la gestion d'un tuteur. Du reste, quand les biens qui arrivent à l'enfant ne lui appartiennent pas à titre d'héritier réservataire, le tuteur peut être dispensé de l'inventaire par ce disposant; mais alors le conseil de famille doit exiger de ce tuteur un état qui lui fasse connaître l'importance de ces biens.

Quand c'est le survivant des père et mère, mariés en communauté, qui prend la tutelle de l'enfant, ce n'est plus précisément en sa qualité de tuteur, mais comme survivant commun en biens, qu'il est tenu d'inventorier; et, dans ce cas, au lieu d'être obligé de commencer l'inventaire dans les dix jours, il a trois mois pour le faire.

XV. — Dans tous les cas, et qu'il s'agisse soit d'un premier tuteur ou d'un tuteur subséquent, ce tuteur (si ce n'est pourtant l'usufruitier légal) recevra du conseil de famille des instructions qu'il sera tenu de suivre.

Ces instructions auront pour objet 1° de régler par aperçu, selon l'importance du patrimoine, la somme à laquelle pourront s'élever la dépense personnelle du mineur et les frais d'administration de ses biens; 2° de décider si le tuteur pourra payer, des deniers du pupille, un ou plusieurs administrateurs particuliers gérant sous sa responsabilité; 3° de préciser la somme à laquelle commencera pour le tuteur l'obligation de faire l'emploi de l'excédant des recettes sur les dépenses. Cette somme une fois réunie, le tuteur est obligé d'en faire l'emploi dans les six mois, et à défaut d'emploi, il en doit lui-même l'intérêt à partir de ces six mois. Si, avant l'échéance des six mois, les sommes avaient été placées, ou que le tuteur s'en fût servi pour lui-même, il en devrait l'intérêt à compter du placement ou du jour qu'il s'en est servi. Par conséquent, lorsqu'il est lui-même débiteur du pupille et qu'il ne paye pas, il doit l'intérêt à compter du jour même de l'échéance (car à compter de ce jour il s'est servi de l'argent du pupille). Le conseil peut déterminer lui-même le mode de l'emploi ; s'il ne l'a pas fait, le tuteur choisit tel mode qu'il veut, mais sauf sa responsabilité dans le cas de négligence ou d'imprudence. Quand le tuteur n'a pas fait déterminer la somme à laquelle doit commencer l'emploi, il doit l'intérêt de toutes sommes, si modiques qu'elles soient, après six mois du jour de leur réception (art. 454-456).

Ces différentes instructions n'ayant pour objet définitif que les revenus, et ces revenus, dans le cas d'un tuteur usufruitier légal, appartenant à ce tuteur et non pas à l'enfant, il s'ensuit que ce qu'on vient de dire dans ce n° XV ne concerne pas cet usufruitier légal (*ibid.*).

Il est encore une obligation à laquelle la loi soustrait les père et mère, et que le conseil de famille a la faculté d'imposer à tout autre tuteur. C'est celle de remettre au subrogé tuteur, aux époques fixées d'avance par le conseil, des états de situation de la gestion. Toutefois, le conseil ne peut exiger plus d'un état par chaque année (article 470).

XVI. — *Droits et devoirs du tuteur quant à la personne du pupille.* C'est au tuteur qu'appartient, sous la direction du conseil de famille, le droit d'éducation de l'enfant ; non pas absolument cependant, car 1° ce droit d'éducation ne passe au tuteur qu'autant que le survivant des père et mère serait mort ou privé de l'exercice de la puissance paternelle ; 2° même après l'extinction de la puissance paternelle, le conseil de famille a la faculté de ne laisser au tuteur que l'administration des biens, et de confier à une autre personne la garde et la direction de la personne (art. 450).

Quand il n'existe plus de puissance paternelle, et que le conseil de famille n'a point enlevé au tuteur son droit naturel, c'est à celui-ci de veiller à l'entretien et à l'éducation physique et morale du mineur. Il

doit, ou lui faire apprendre un métier, ou lui procurer une profession plus relevée, suivant la mesure de ses facultés pécuniaires et intellectuelles. Lorsque le mineur tombe dans de graves écarts, le tuteur peut, en s'y faisant autoriser par le conseil de famille, le faire détenir par voie de réquisition, d'après les règles indiquées au Résumé précédent, nos IV et suivants (*ibid.*).

XVII. — *Droits et devoirs du tuteur quant aux biens du pupille.* Le tuteur est chargé d'administrer les biens du mineur et de le représenter, comme mandataire légal, dans tous les actes où il peut être intéressé (*ibid.*).

Ainsi, 1° il doit veiller à la conservation des meubles, entretenir les immeubles, les exploiter ou les donner à bail ; éteindre les dettes et autres charges ; poursuivre le remboursement des créances ; recevoir les revenus ; interrompre les prescriptions ; prendre et renouveler les inscriptions hypothécaires, etc. — Les baux consentis par le tuteur ne peuvent l'être pour plus de neuf ans ; et il ne peut les renouveler que deux ans d'avance pour les maisons, et trois ans d'avance pour les immeubles ruraux. Ceux qui seraient faits pour plus de neuf ans, ou renouvelés plus de deux ou trois ans d'avance, pourraient être annulés sur la demande du tuteur lui-même, au nom du pupille, sauf les dommages-intérêts que ce tuteur pourrait devoir en son nom personnel. Que si le bail fait pour plus de neuf ans est une fois commencé, le pupille (soit par son tuteur, s'il est encore en tutelle, soit par lui-même, si la tutelle a cessé) est tenu de l'exécuter pour la période de neuf ans dans laquelle on se trouve ; de même, si le bail consenti pour neuf ans seulement, mais fait trop longtemps d'avance, est commencé, il n'en peut plus demander la nullité (art. 461).

Le tuteur ne peut pas faire seul toute espèce d'actes. Il en est 2° qu'il ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille ; 3° d'autres pour lesquels cette autorisation doit être accompagnée de certaines formalités ; 4° d'autres, enfin, qui lui sont complétement interdits.

Deuxième classe. — Il faut au tuteur l'autorisation du conseil de famille :

1° Pour prendre à bail les immeubles du mineur : le bail lui en est passé par le subrogé tuteur (art. 450) ;

2° Pour transférer une inscription de rente sur l'État de plus de 50 francs, ou plus d'une action sur la Banque de France (art. 461) ;

3° Pour accepter ou répudier une succession échue au mineur : cette succession ne peut jamais être acceptée que bénéficiairement (*ibid.*) ;

4° Pour accepter une donation : à moins que le tuteur ne soit un ascendant, car à ce titre il peut accepter sans autorisation (*ibid.*) ;

5° Enfin, pour intenter une action immobilière ou y acquiescer (art. 464).

Troisième classe. — Quand le tuteur demande soit à emprunter pour son mineur, soit à vendre ou hypothéquer ses immeubles, l'auto-

risation de la famille ne peut être accordée que pour un avantage évident ou une nécessité absolue. Cette nécessité doit être établie par un compte du tuteur constatant que les deniers, effets mobiliers et revenus sont insuffisants pour les besoins auxquels on veut satisfaire. La délibération de la famille doit indiquer l'immeuble ou les immeubles qui doivent, de préférence, être vendus ou hypothéqués. De plus, la délibération n'est exécutoire qu'après homologation par le tribunal ; et si c'est d'une vente qu'il s'agit, elle ne peut se faire qu'en justice, avec les formes spéciales indiquées au Code de procédure (art. 457-459).

2° Un partage, mobilier ou immobilier, ne peut être provoqué par le tuteur qu'avec l'autorisation de la famille, et ne peut également avoir lieu qu'en justice, avec les formes spécialement déterminées par la loi. Le tuteur pourrait seulement, sans l'autorisation de la famille et sans aucune intervention de la justice, faire (pour cinq ans au plus, sauf à renouveler la convention) un simple partage provisoire, ou partage portant sur la jouissance seulement. Quand on a fait ainsi un simple partage provisionnel, chaque partie conserve évidemment le droit de demander ensuite un partage définitif, un partage portant sur la propriété même. Que si, sans l'emploi des formes voulues, c'est cependant un partage définitif qu'on a entendu faire, ce partage est complétement et indéfiniment valable ou complétement et dès à présent nul, au choix du mineur; c'est-à-dire que le mineur (et le mineur seul, soit par lui-même, soit par son tuteur) peut ou le maintenir, ou le faire annuler. Dans le doute sur l'intention qu'ont eue les parties qui ont partagé sans les formes voulues, c'est le partage provisionnel qui se présume (art. 466).

3° Enfin, une transaction faite par le tuteur autorisé n'est valable qu'autant qu'elle a eu lieu conformément à l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur impérial, et qu'elle est homologuée par le tribunal (art. 467).

Quatrième classe. — Les actes absolument interdits au tuteur sont :

1° Le compromis sur tout ce qui intéresse le mineur;

2° L'achat des biens de ce mineur;

3° L'acceptation du transport d'une créance ou d'un droit quelconque contre ce même mineur (art. 450).

Dans ce dernier cas, la cession, valable entre le tuteur et son cédant, lequel dès lors se trouve désintéressé, est nulle entre le tuteur et le mineur; en sorte que le premier, en punition de sa contravention, subit une perte totale qui tourne au profit du second. Que s'il était constant que la créance était réelle et que le tuteur a agi de bonne foi, on devrait, en le considérant comme gérant d'affaires, lui tenir compte de ce qu'il aurait déboursé (*ibid.*).

N. B. — Les actes qui ne sont point indiqués dans ces deuxième, troisième et quatrième catégories restent dans la première et sont permis au tuteur, sans autorisation du conseil.

Ainsi, quand il s'agit 1° de vendre des rentes sur particuliers, ou des

rentes sur l'État ne dépassant pas 50 fr.; 2° de défendre à une action immobilière et non de l'intenter; 3° de plaider en matière mobilière, soit en demandant, soit en défendant; 4° de procéder à l'aliénation des immeubles, lorsqu'elle est provoquée soit par un copropriétaire majeur, vu l'impossibilité de partage, soit par un créancier du mineur sur expropriation forcée : dans ces différents cas, l'autorisation du conseil n'est pas nécessaire au tuteur. Mais dans le cas du 4°, c'est toujours en justice, et avec les formes spécialement déterminées par la loi, que la vente a lieu (art. 460).

XVIII. — *Fin de la gestion; Responsabilité; Compte de tutelle.* Toutes les fois qu'un tuteur (cotuteur ou protuteur) sort de fonctions, par quelque cause que ce soit, il doit rendre compte de sa gestion. Le compte est rendu 1° à l'ex-mineur, si c'est par la majorité de celui-ci que la tutelle finit; 2° au mineur assisté de son curateur, si la tutelle a cessé par l'émancipation; 3° aux héritiers de ce mineur, si elle a pris fin par sa mort naturelle ou civile; 4° enfin, au nouveau tuteur en présence du subrogé tuteur, si la tutelle continue. Les frais de la reddition du compte sont avancés par le *rendant,* puisqu'il a entre les mains les deniers de l'*oyant*. Ils resteraient même à la charge de ce rendant, si c'était par sa faute qu'ils fussent occasionnés; par exemple, si c'était sa destitution qui y donnât lieu. Quand c'est la mort naturelle ou civile du tuteur qui donne lieu au compte de tutelle, il est rendu par ses héritiers, lesquels sont tenus (s'ils sont présents et capables) de continuer, jusqu'à l'entrée en fonctions du nouveau tuteur, la gestion de leur auteur quant aux actes d'entretien et de conservation. — On alloue dans ce compte toute dépense vraiment utile au mineur et justifiée d'une manière suffisante (art. 469-471).

Le tuteur ne peut jamais être dispensé de rendre compte. Celui qui donne au mineur des biens non réservés pourrait seulement léguer à ce tuteur le reliquat de son compte; encore, ce legs ne pourrait comprendre ce que le tuteur devrait par suite de son dol (art. 469).

La loi est si rigoureuse sur la nécessité du compte, que toute transaction, toute convention, relative à la gestion du tuteur, est impossible entre l'ex-tuteur et le mineur devenu majeur, tant qu'il ne s'est pas écoulé dix jours depuis la remise (constatée par un récépissé du mineur) du compte et des pièces justificatives. Le mineur aurait, pour faire annuler un pareil traité, dix ans, qui courraient du jour où il a été conclu (art. 472).

Le reliquat dû par le tuteur ou ses héritiers porte intérêt de plein droit à partir du jour de la clôture du compte; au contraire, les sommes dues par le mineur ne produisent intérêt que du jour de la sommation de payer signifiée postérieurement à cette clôture (art. 474).

La loi ne pouvait pas astreindre l'ex-tuteur à conserver pendant trente années le souvenir des diverses circonstances de sa gestion et aussi l'ensemble de ses pièces justificatives; en conséquence, elle déclare qu'après dix ans, à partir de la majorité de son mineur, il est à l'abri de toute action relative aux faits de la tutelle. Quant à l'action

en payement du reliquat ou toute autre qui ne serait pas relative aux faits de la tutelle, et ne forcerait pas le tuteur de recourir à ses pièces justificatives, elles ne se prescriraient que par trente ans. C'est par trente ans aussi que se prescriraient les actions du tuteur contre l'ex-mineur (art. 475).

La responsabilité du tuteur et le payement de son reliquat sont garantis par une hypothèque légale qui, de plein droit et sans aucun besoin d'inscription, frappe tous les immeubles de ce tuteur, à compter du jour même où a commencé sa responsabilité. Le cotuteur étant tuteur *avec* sa femme est soumis, bien entendu, à cette hypothèque légale. Il en est autrement du second mari de la mère survivante qui perd sa tutelle légale pour n'avoir pas consulté le conseil de famille sur son mariage (art. 396).

XIX. — Les diverses règles indiquées dans ce § 2 (à l'exception de celles relatives à la personne du mineur, au droit d'éducation) s'appliquent au protuteur. Ce protuteur, qui, pour sa gestion, est indépendant du tuteur, mais soumis au conseil de famille, peut être obligé par ce conseil de faire passer au tuteur tout ou partie des sommes qui tombent entre ses mains, soit par la réception des revenus, soit par remboursement de créances (art. 417).

N.-B. — On connaît les trois causes qui font cesser la tutelle d'une manière absolue; quant à celles qui opèrent un simple changement de tuteur, comme elles sont communes au subrogé tuteur, elles seront indiquées dans la section 3.

SECTION II.

DU SUBROGÉ TUTEUR.

XX. — Le subrogé tuteur existe dans toute tutelle, et dans toute tutelle il est datif. Dans la tutelle dative, le conseil de famille procède à sa nomination immédiatement après celle du tuteur; dans les tutelles légitime ou testamentaire, c'est le tuteur qui doit, avant d'entrer en fonctions, faire assembler le conseil de famille pour nommer un subrogé tuteur. Toutes les fois que le survivant des père et mère, ou le conseil de famille, a nommé un protuteur, ce conseil doit lui donner un subrogé protuteur (art. 420).

Le subrogé tuteur est chargé :

1° De surveiller la gestion du tuteur et de prendre ou provoquer les mesures nécessaires pour protéger les intérêts de l'enfant. Toutefois, la responsabilité des dommages causés au mineur par la mauvaise administration du tuteur ne s'étendrait au subrogé tuteur que dans le cas d'une grave négligence de sa part;

2° De représenter le mineur et d'agir pour lui dans toutes les circonstances spéciales où ses intérêts se trouvent en opposition avec ceux du tuteur. Alors, il a momentanément les mêmes droits, et il subit les mêmes obligations et la même responsabilité, que le tuteur qu'il remplace (*ibid.*);

3° Enfin, d'accomplir diverses obligations particulières qui ont été indiquées antérieurement ou qui vont l'être dans la suite de ce Résumé (*voy.* n°s XVI, *in fine;* XVII, 2e *classe,* 1°; XVIII, 1°; XXIII, etc.). Il est notamment obligé, quand la tutelle devient vacante ou se trouve abandonnée par l'absence du tuteur, de provoquer la nomination d'un tuteur nouveau (424).

La subrogée tutelle cesse quand la tutelle cesse d'une manière absolue; c'est-à-dire, par la mort naturelle ou civile, la majorité ou l'émancipation du mineur. Quant aux causes qui amènent un changement de subrogé tuteur, on sait que leur indication appartient à la section suivante.

SECTION III.

RÈGLES COMMUNES AU TUTEUR ET AU SUBROGÉ TUTEUR.

XXI. — Diverses causes rendent légalement *incapable* d'exercer la tutelle et la subrogée tutelle, et enlèvent par conséquent tout droit à ces fonctions; d'autres enlèvent ce même droit pour *indignité;* d'autres enfin, en laissant subsister le droit aux fonctions, permettent de s'en *dispenser*.

Des causes d'incapacité. — Il existe cinq causes d'incapacité des tutelles et subrogées tutelles. Sont incapables :

1° Les mineurs, à l'exception des père et mère légitimes du pupille;

2° Les interdits;

3° Les femmes mariées, excepté la mère et les autres ascendantes. Nous avons vu que la mère est de plein droit tutrice légale de ses enfants. Les autres ascendantes n'ont jamais ce privilége; mais elles peuvent être nommées, soit à la tutelle par le survivant des père et mère ou par le conseil de famille, soit à la subrogée tutelle par ce même conseil;

4° Tous ceux qui ont ou dont les père et mère ont, actuellement, avec le mineur un procès qui compromet soit l'état, soit, en tout ou en grande partie, la fortune de ce mineur;

5° Pour chaque tutelle en particulier, deux parents ou alliés du mineur, dans la même ligne, ne peuvent être en même temps tuteur et subrogé tuteur. La loi n'excepte que le cas de deux frères germains ou maris de sœurs germaines. Il suit de là que quand on nomme un curateur au ventre à la femme qui se dit enceinte, ce curateur devant être de plein droit le subrogé tuteur quand la mère sera tutrice, il doit être choisi ou dans la ligne paternelle, ou parmi les étrangers (art. 442 et 423).

De ces cinq causes d'incapacité, il en est deux, l'interdiction et l'existence d'un procès, qui peuvent survenir pendant la durée des fonctions de tuteur ou de subrogé tuteur. Il est clair qu'elles feraient alors cesser ces fonctions, de même qu'elles les empêchent de commencer quand elles existent *à priori*.

XXII. — *Des causes d'indignité.* — Les causes qui rendent indigne d'être tuteur ou subrogé tuteur sont au nombre de quatre.

Sont déclarés indignes par la loi : 1° Ceux qui ont été condamnés à l'une des cinq peines infamantes qui n'emportent pas la mort civile: les Travaux forcés à temps, la Détention, la Réclusion, le Bannissement et la Dégradation civique (*voy.* la loi du 31 mai 1854) ;

2° Ceux auxquels une sentence correctionnelle a spécialement interdit l'exercice des fonctions de tuteur;

3° Les gens d'une inconduite notoire;

4° Ceux dont l'incapacité ou l'infidélité sont attestées soit par la gestion même de la tutelle ou subrogée tutelle dont il s'agit, soit par toute autre gestion actuelle ou récente. (Un cas d'infidélité formellement prévu par la loi, c'est celui du tuteur légitime ou testamentaire qui a négligé, à dessein et par dol, de faire convoquer le conseil de famille pour la nomination du subrogé tuteur.)

Les deux premières causes d'indignité opèrent de plein droit; les deux autres doivent être reconnues et jugées par le conseil de famille (art. 443, 444 et 421).

XXIII. — Ce conseil est convoqué par le juge de paix, soit d'office, soit sur la réquisition du subrogé tuteur ou d'un parent ou allié du pupille, jusqu'au degré de cousin germain inclusivement. (Le tuteur ne pourrait pas, réciproquement, faire cette réquisition, quand il s'agit de l'indignité du subrogé tuteur.

La délibération de la famille doit être motivée et ne peut être prise qu'après avoir entendu ou appelé le fonctionnaire qu'il s'agit de frapper. Si le fonctionnaire adhère à la délibération, il en est fait mention au procès-verbal, et celui que le conseil de famille a désigné à sa place entre aussitôt en fonctions.

Que si le fonctionnaire réclame, l'homologation de la délibération est demandée au tribunal de première instance, lequel prononcera sauf appel à la Cour. La poursuite se fait, ou à la diligence du subrogé tuteur, quand elle est dirigée contre le tuteur, ou, dans tous les cas, à la diligence de l'un des membres du conseil. Le fonctionnaire frappé par le conseil peut lui-même assigner devant ce tribunal le subrogé tuteur ou les membres du conseil, pour se faire maintenir dans ses fonctions. Pendant tout le litige et jusqu'à la décision du tribunal, ou de la Cour s'il y a appel, le fonctionnaire déclaré indigne continue ses fonctions, à moins que le conseil de famille, ou après lui le tribunal, ne l'aient frappé d'une sentence déclarée exécutoire par provision. Les dépens sont mis à la charge du fonctionnaire, quand il succombe; si c'est la famille qui perd le procès, les dépens peuvent être supportés, selon les circonstances, ou par elle, ou par le mineur (art. 446-449).

XXIV. — Quand l'une des causes d'indignité (soit qu'elle opère de plein droit, soit qu'elle doive être jugée par la famille) atteint un fonctionnaire qui n'était pas encore entré en fonctions (ce qui n'est possible que pour le tuteur, ou seulement dans le cas de tutelle légitime ou testamentaire), on dit qu'il y a *exclusion ;* quand elle frappe un fonctionnaire en exercice déjà, il y a *destitution.*

Au reste, il n'y a pas destitution toutes les fois que le conseil de

famille retire la tutelle ou la subrogée tutelle. Ce conseil peut, quand l'intérêt du pupille le demande, remplacer le fonctionnaire actuel, bien qu'aucun reproche d'inconduite, d'infidélité ou d'incapacité ne lui soit adressé. La loi en donne un exemple dans le cas de la tutrice légale qui consulte la famille sur son second mariage. Toutefois, hors ce cas prévu par la loi, ce plein pouvoir n'appartient à la famille que pour les fonctions auxquelles elle a nommé elle-même (art. 445).

XXV. — *Des causes de dispense.* — Les fonctions de tuteur et de subrogé tuteur sont considérées comme des charges publiques, et l'on ne peut s'en excuser que pour l'une des causes spécialement indiquées par la loi. Parmi les causes d'excuse, il en est qui dispensent seulement de se charger de la fonction; d'autres permettent, de plus, de se débarrasser de la fonction qu'on exerce déjà. Pour les distinguer, nous dirons que dans un cas il y a simple *dispense,* et dans l'autre *décharge.*

Bien entendu, il n'y a jamais de décharge possible que pour une cause survenue depuis l'acceptation de la fonction; car l'acceptation faite alors que la cause d'excuse existe déjà est une renonciation à cette excuse. De même, il y a renonciation à une cause de dispense quand on a laissé passer le délai dans lequel elle devait être proposée.

C'est par le conseil de famille, sauf recours aux tribunaux, que sont jugées les causes de dispense ou de décharge. Les réclamations de dispense doivent être proposées par les fonctionnaires que nomme le conseil (tuteurs datifs et subrogés tuteurs) à l'instant même de leur nomination, s'ils y assistent; sinon, dans le délai de trois jours à partir de la notification à eux faite de leur nomination, plus un jour par trois myriamètres de distance entre le domicile du fonctionnaire et le lieu de l'ouverture de la tutelle. Quant aux tuteurs légitimes ou testamentaires, ils doivent réclamer dans le délai à partir de la connaissance par eux acquise de leur qualité de tuteurs. Si, avant l'expiration de ce délai, le conseil était convoqué, et que le tuteur légitime ou testamentaire assistât à cette assemblée, ce serait dès cette première réunion qu'il devrait réclamer, par analogie de ce que la loi dit du tuteur datif (art. 438 et 439).

XXVI. — Il existe sept causes légales de dispense, dont trois sont aussi des causes de décharge; indiquons celles-ci tout d'abord.

1° Certaines *dignités* et *fonctions* indiquées, pour la plupart, par le sénatus-consulte du 18 mai 1814 et la loi du 16 septembre 1807; puis le service militaire, et toute mission du gouvernement hors du territoire français, sont une cause absolue de dispense. De plus, toute fonction publique, quelle qu'elle soit, donne dispense pour les tutelles ou subrogées tutelles établies dans un département autre que celui où la fonction s'exerce (art. 427 et 428).

Quand cette cause ne se réalise que dans le cours d'une tutelle ou subrogée tutelle déjà acceptée, elle en permet la décharge, et il suffit de réclamer dans le mois à partir du jour où la cause est née. Mais, à l'expiration des fonctions, services ou missions, la tutelle ou subrogée tu-

telle qui durerait encore pourrait être imposée de nouveau au fonctionnaire déchargé (art. 431).

Quand la mission articulée comme excuse n'est pas authentique et qu'on la conteste, le réclamant doit en justifier par le certificat du ministre (art. 429).

2° *L'âge.* — On peut se faire dispenser à soixante-cinq ans accomplis, et à soixante-dix ans commencés on peut se faire décharger ; il n'y a pas de délai fatal pour proposer cette cause de décharge (article 433).

3° *Les infirmités.* — Toute infirmité suffisamment grave est une cause de dispense. L'infirmité qui survient ou qui augmente après l'acceptation forme une cause de décharge qui n'a pas plus besoin que la précédente d'être proposée dans un délai déterminé (art. 434).

Les quatre dernières causes ne produisent, en principe, qu'une simple dispense; mais il en est une, cependant, qui peut quelquefois donner lieu à une décharge.

4° *Le nombre des tutelles ou subrogées tutelles.* — Deux tutelles ou subrogées tutelles dispensent d'en accepter une troisième ; la qualité d'époux ou de père légitime compte pour une, et dispense dès lors d'en accepter une seconde, si ce n'est, bien entendu, celle des enfants. Mais celui qui a accepté trois tutelles ou subrogées tutelles, ou qui en a deux avec le titre d'époux ou de père, ne peut pas se faire décharger de l'une d'elles ; cependant, celui qui, chargé de deux tutelles ou subrogées tutelles, se trouverait ensuite appelé à la tutelle légale de ses enfants, pourrait se faire décharger d'une des deux premières fonctions (art. 435).

5° *Le nombre des enfants.* — Cinq enfants légitimes actuellement nés et vivants, ou morts en activité de service à l'armée, ou enfin remplacés par des descendants, donnent une cause de dispense, pour toute tutelle ou subrogée tutelle autre que celle de ces enfants ou descendants (art. 436).

6° *Le sexe.* — Nous avons vu que, pour les femmes en général, le sexe est une cause d'incapacité; pour la mère et les autres ascendantes, il est une cause de dispense (art. 442).

7° Enfin, l'existence, dans un rayon de quatre myriamètres du lieu où s'établit la tutelle ou subrogée tutelle, de quelque parent ou allié du mineur capable de remplir la fonction qu'on veut déférer à un étranger, permet à celui-ci de ne pas accepter cette fonction; cette même circonstance ne lui permettrait pas de s'en faire décharger après l'avoir reçue (art. 432).

XXVII. — Le conseil de famille, qui est dans l'obligation d'admettre les causes de dispense ou de décharge précisées par le législateur, a toujours la faculté d'admettre toute autre excuse; mais quand l'excuse, non écrite dans la loi, sera rejetée par la famille, les tribunaux n'auront pas le droit de l'admettre.

Lorsqu'il y aura, de la part du fonctionnaire dont la famille a rejeté les excuses, réclamation aux tribunaux, ce fonctionnaire restera tenu

d'administrer provisoirement pendant le litige. S'il succombe, il sera condamné aux dépens; si c'est le conseil qui perd, le tribunal pourra, selon les circonstances, les mettre à la charge soit de ce conseil, soit du mineur (art. 441).

CHAPITRE II.

DE L'ÉMANCIPATION.

XXVIII. — L'émancipation est l'acte par lequel le mineur est soustrait à la puissance paternelle et à la tutelle, et acquiert le droit de gouverner sa personne et d'administrer ses biens.

XXIX. — *Conditions et formes de l'émancipation.* — L'émancipation est tacite ou formelle.

L'émancipation tacite ou légale est celle qui a lieu de plein droit par suite du mariage du mineur. Dans la pensée du législateur, l'état du mariage est tellement incompatible avec la soumission à la puissance paternelle ou au pouvoir tutélaire, que ceux qui consentent au mariage de l'enfant ne pourraient pas empêcher son émancipation au moyen d'une clause spéciale. Cette émancipation a donc lieu sans aucune forme particulière (art. 476).

L'émancipation formelle est celle qui résulte de la déclaration expresse des personnes auxquelles appartient le droit d'émanciper. Ces personnes sont : 1° le père; 2° la mère, à défaut du père; et 3° à défaut des père et mère, le conseil de famille. Les père ou mère peuvent émanciper l'enfant dès l'âge de quinze ans; la famille ne le peut qu'à dix-huit (art. 477 et 478).

Le droit passe à la mère *à défaut du père,* c'est-à-dire quand ce père est 1° mort, 2° déclaré absent, ou 3° déchu de la puissance paternelle; puis aussi (mais seulement quand l'enfant a dix-huit ans, afin de ne pas nuire à l'usufruit légal du père) quand ce père est 4° interdit, ou 5° absent présumé. Le droit appartient au conseil de famille quand les père et mère sont tous deux dans l'une de ces cinq circonstances (*ibid.*).

Les père ou mère émancipent par une simple déclaration reçue par le juge de paix assisté de son greffier. Le conseil de famille confère l'émancipation au moyen d'une délibération qui l'autorise, et en vertu de laquelle le juge de paix, président du conseil, déclare, dans le même acte, que le mineur est émancipé (*ibid.*)

La convocation du conseil relative à cet objet peut être requise du juge de paix par le tuteur, ou par quelque parent ou allié de l'enfant, jusqu'au degré de cousin germain inclusivement. Le juge de paix peut aussi convoquer d'office (art. 479).

XXX. — *Effets de l'émancipation.* — Dès qu'il est émancipé, le mineur est pourvu d'un curateur qui lui reste jusqu'à la fin de l'émancipation.

Ce curateur est légitime ou datif. Il y a lieu à la curatelle légitime : 1° pour l'enfant émancipé par ses père ou mère encore mariés ou exer-

çant la tutelle légale, lequel aura de plein droit pour curateur l'auteur qui l'émancipe : 2° pour la femme émancipée par son mariage, laquelle se trouve sous la curatelle légitime de son mari. Dans tous les autres cas, le curateur est nommé par le conseil de famille.

Le curateur, à la différence du tuteur, n'est jamais chargé d'agir, mais seulement d'assister le mineur agissant lui-même. Il est responsable du dommage qu'il causerait au mineur, soit en refusant de l'assister, soit en l'assistant mal ; mais il n'est pas soumis à l'hypothèque légale.

Les causes d'incapacité et d'indignité posées pour les tuteurs et subrogés tuteurs s'appliquent aussi aux curateurs ; mais quant aux causes d'excuse, elles sont laissées, pour ceux-ci, à l'arbitrage du conseil de famille et des tribunaux. Ici, comme dans le cas de tutelle, le conseil a toujours le droit de changer le curateur, quoiqu'il n'existe aucune cause de destitution (art. 480).

XXXI. — La capacité du mineur émancipé varie selon l'importance des actes, lequels se divisent pour lui en cinq catégories.

Première catégorie. — Le mineur émancipé peut faire seul, et avec la même capacité qu'un majeur, tous les actes d'administration autres que ceux indiqués à l'alinéa suivant. Ainsi, il peut, sans aucun besoin d'assistance, et sans aucune possibilité de restitution, faire des baux de neuf ans ou au-dessous ; donner quittance de ses revenus ; vendre ses récoltes, son mobilier ou les produits quelconques de son travail ; louer ses services ; intenter une action mobilière, y défendre ou y acquiescer ; acquérir des meubles ou des immeubles, ou placer autrement ses économies.

Deuxième catégorie. — Les achats d'objets mobiliers, locations de meubles ou d'immeubles, louages de travaux ou de services, et autres actes d'administration par lesquels l'émancipé se constitue débiteur de sommes d'argent, peuvent toujours être faits par lui seul ; mais ils ont ceci de particulier que les engagements qui en résultent contre lui peuvent être réduits par les tribunaux quand ils sont excessifs et qu'il y a faute à reprocher à ceux qui ont contracté avec le mineur.

Troisième catégorie. — L'assistance du curateur est nécessaire et suffit au mineur pour recevoir et arrêter son compte de tutelle ; recevoir un capital et en donner décharge ; intenter une action immobilière ou y défendre ; accepter une donation ; introduire une action en partage ; transférer une rente sur l'État de 50 francs et au-dessous, ou bien une action ou une fraction d'action de la Banque.

Quatrième catégorie. — Le mineur, assisté de son curateur, a besoin d'accomplir les mêmes formalités que le tuteur d'un pupille pour emprunter, alors même que la somme ne dépasserait pas une année de revenus ; pour aliéner un immeuble, fût-il acquis de ses économies ; pour hypothéquer, alors même qu'il s'agirait d'une obligation valablement contractée par lui seul pour son administration ; pour accepter ou répudier une succession ; pour acquiescer à une action immobilière ;

pour transiger; pour aliéner une rente sur l'État de plus de 50 francs, ou plus d'une action de la Banque.

Cinquième catégorie. — Le mineur émancipé ne peut ni compromettre, ni faire aucune donation. — Il peut, à la vérité, donner par contrat de mariage. Mais c'est là un cas tout à fait en dehors de notre matière, puisque cette exception est identiquement la même pour le mineur en tutelle (art. 481-484).

XXXII. — Le mineur émancipé autorisé à faire le commerce a, pour les actes relatifs à ce commerce, la même capacité qu'un majeur, et peut même hypothéquer ses immeubles, mais non pas cependant les aliéner (art. 487).

XXXIII. — *Comment finit l'émancipation.* — L'émancipation cesse, bien entendu, par la majorité ou la mort de l'enfant; mais elle peut cesser aussi de son vivant et avant sa majorité.

Lorsqu'il y a lieu de réduire les engagements dont on a parlé au précédent numéro, dans la deuxième catégorie, et alors même que la réduction n'aurait pas été prononcée, vu la bonne foi des contractants, le mineur peut être privé de l'émancipation par les personnes et dans les formes par lesquelles elle pourrait lui être actuellement conférée. Toutefois, cette révocation n'est pas possible pour le mineur actuellement marié, ou à qui il reste des enfants de son mariage (art. 485).

Le mineur privé de l'émancipation ne peut plus être émancipé formellement (mais il le serait toujours par un subséquent mariage); il rentre donc en tutelle, et, hors le cas d'un mariage postérieur, il n'en peut plus sortir jusqu'à sa majorité. La tutelle sous laquelle l'enfant se trouvera placé sera, selon les cas, ou la tutelle légale de ses père ou mère, ou la tutelle dative : 1° quand l'émancipation est retirée par l'un des époux pendant le mariage, ou par le survivant non déchu du droit de tutelle légale, c'est lui qui sera tuteur légitime de l'enfant (et après lui, la tutelle passera, selon les règles ordinaires, soit aux ascendants, soit à un tuteur testamentaire, soit à un tuteur datif); 2° si, au contraire, c'est le conseil de famille qui révoque l'émancipation, ou même si c'est le survivant, mais après avoir perdu le droit de tutelle légale, c'est au conseil de famille qu'il appartient de nommer un tuteur (article 486).

CHAPITRE III.

DU CONSEIL DE FAMILLE.

XXXIV. — Ainsi qu'on l'a vu dans les deux chapitres précédents, le conseil de famille est une assemblée délibérante chargée en général de nommer, exclure, destituer, dispenser ou décharger les tuteurs, subrogés tuteurs et curateurs; de les autoriser à faire certains actes; de surveiller et vérifier la gestion du tuteur, et de donner son avis sur les diverses circonstances de la tutelle ou de la curatelle.

XXXV. — *Composition du conseil de famille.* — Le conseil se com-

pose du juge de paix, qui en est de droit membre et président, puis de six personnes choisies par lui d'après les règles suivantes :

Le juge de paix doit appeler les trois plus proches parents ou alliés paternels, et les trois plus proches parents ou alliés maternels du mineur. Entre un parent et un allié de même degré, le premier est préféré au second ; entre deux parents, ou entre deux alliés, c'est le plus âgé qui l'emporte. A défaut ou en cas d'insuffisance de parents et d'alliés d'une des lignes, on appelle un ou plusieurs amis des père et mère ; car il n'est jamais permis de compléter une ligne par des parents ou alliés de l'autre. Quant aux parents ou alliés appartenant aux deux lignes, ils peuvent être appelés dans l'une ou dans l'autre, au choix du juge de paix. L'enfant naturel n'ayant jamais d'autres parents que les père ou mère qui l'ont reconnu, son conseil ne comprendra jamais d'autres parents que ceux-ci. Quant à celui qui n'aurait pas été reconnu, son conseil se composerait exclusivement d'étrangers connus, non plus pour amis des père et mère, mais pour porter intérêt à l'enfant lui-même.

La règle qui fixe à six le nombre des membres du conseil, puis celle qui veut que le parent soit préféré à l'allié de même degré, et qu'entre deux parents ou deux alliés de degré égal le plus âgé l'emporte, disparaissent quand il s'agit de frères germains, ou de maris des sœurs germaines ; eux ont le privilége d'être toujours membres du conseil. Ainsi, quand ils sont six, sept, ou davantage, on les appelle tous et l'on n'appelle que ceux-là, malgré la présence d'autres parents ou alliés du même degré, et plus âgés qu'eux (par exemple, des aïeuls ou conjoints d'aïeules).

Les ascendants excusés de la tutelle et les ascendantes ne peuvent pas être contraints de faire partie du conseil de famille. Ils doivent cependant (pourvu que les dernières soient veuves et non remariées) y être appelés, mais comme membres honoraires seulement ; en sorte qu'ils sont libres de ne pas s'y rendre et que l'on peut délibérer malgré leur absence. Les ascendants non excusés peuvent, comme tous autres parents, être membres titulaires et forcés ; que s'ils ne le sont pas, ils doivent aussi être appelés comme membres honoraires.

Au reste (et c'est là une observation fort importante), le juge de paix a le choix, pour l'application des règles indiquées aux trois alinéa précédents, de se renfermer dans un rayon de deux myriamètres du lieu où la tutelle est ouverte, sans tenir aucun compte des parents et alliés domiciliés au delà ; ou de procéder d'une manière absolue et en tenant compte de tous les parents et alliés, à quelque distance qu'ils soient domiciliés. Quant aux amis, on ne peut appeler que ceux qui demeurent dans la commune même (art. 407-410).

XXXVI. — Il est certaines personnes que la loi défend de faire entrer dans la composition du conseil de famille. Ce sont :

D'abord les quatre classes de personnes que nous avons vues incapables d'être tuteurs, subrogés tuteurs ou curateurs (n° XXI) ;

5° Ceux qu'un conseil de famille a exclus ou destitués d'une tutelle, subrogée tutelle ou curatelle ;

6° Ceux qui ont été condamnés à l'une des cinq peines infamantes indiquées au n° XXII, 1° ;

7° Ceux auxquels une sentence correctionnelle a spécialement interdit le droit de vote dans les assemblées de famille (art. 445).

Les tuteur et subrogé tuteur votent au conseil quand ils en sont membres; mais le premier ne peut pas voter quand il s'agit de nommer ou de destituer le second (art. 426).

XXXVII. — *Convocations et délibérations du conseil.* — Quand c'est l'ouverture d'une tutelle légitime ou testamentaire qui donne lieu à la formation d'un conseil de famille, c'est le tuteur qui doit requérir du juge de paix la convocation de ce conseil. Quand, au contraire, il s'agit d'une tutelle dative ou d'une curatelle, ou quand les tuteurs légal ou testamentaire ont négligé de requérir la convocation, le conseil (s'il n'existait pas déjà) est convoqué soit sur la réquisition des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties intéressées, soit d'office par le juge de paix : toute personne, dans ce cas, est appelée à faire connaître à ce magistrat la circonstance qui donne lieu à la convocation (art. 406).

C'est donc toujours le juge de paix qui convoque le conseil. Mais il faut savoir quel est, dans les différents cas, le juge de paix compétent. Ce point est d'autant plus important que c'est chez ce juge de paix ou au lieu par lui choisi que le conseil tiendra ses séances, et que c'est le lieu des séances qui forme le point de départ des deux myriamètres dans lesquels ce juge de paix peut se renfermer pour choisir les membres du conseil. Ce point détermine donc tout à la fois et la présidence, et le siége, et la composition même de l'assemblée. Or, voici les règles qui paraissent résulter de l'esprit de la loi en cette matière.

Tant qu'il y a tutelle légitime ou testamentaire, c'est toujours le juge de paix du domicile *actuel* du mineur (et dès lors du tuteur) qui est seul compétent; en sorte que chaque fois que ce tuteur changera de domicile, il y aura lieu à convocation d'un nouveau conseil par le magistrat du domicile nouveau. Dans la tutelle dative, au contraire, c'est, pour toute la durée de cette tutelle et des tutelles subséquentes, le juge de paix du domicile que le mineur se trouve avoir au moment qu'on lui nomme le premier tuteur datif; c'est là que restera le siége du conseil jusqu'à la majorité, la mort, ou l'émancipation de l'enfant (art. 410).

Quand le mineur est émancipé, une même distinction se présente. Tant que le conseil n'a point eu à nommer un curateur (parce qu'il s'agit d'une émancipation conférée par un père ou une mère exerçant la curatelle légale, ou de l'émancipation par mariage d'une fille au mari de laquelle cette curatelle légale appartient), la compétence du juge de paix, et dès lors la composition et le siége du conseil, suivront le domicile de l'émancipé; au contraire, dès qu'il y aura eu nomination d'un curateur, le conseil appelé à le nommer ne variera plus jusqu'à la fin de l'émancipation (art. 480).

XXXVIII. — Le mode légal de convocation du conseil consiste en une citation notifiée trois jours francs avant celui de la réunion, plus,

pour les parties qui demeureraient au delà de deux myriamètres, un jour par *cinq* myriamètres entre le lieu de leur domicile et celui de la réunion. Les personnes régulièrement citées sont tenues de comparaître soit en personne, soit par un fondé de pouvoirs qui ne peut représenter à la fois plusieurs membres du conseil. Tout membre légalement convoqué, qui ne comparaît pas, doit, à moins d'une excuse dont la légitimité est abandonnée à l'appréciation du juge de paix, être condamné à une amende qui ne peut excéder 50 francs; cette condamnation est sans appel, mais elle est susceptible d'opposition (art. 411-413).

Dans ce cas d'absence d'un ou de plusieurs membres, avec ou sans excuse légitime, le juge de paix a le choix ou de délibérer (si les autres membres sont au nombre voulu), ou de remettre la réunion à un autre jour indéterminé ou dès à présent fixé. Cette faculté d'ajourner ou de proroger l'assemblée lui est donnée généralement pour tous les cas où l'intérêt du mineur lui paraît l'exiger (art. 414).

La convocation peut très-bien se faire par lettre missive, ou verbalement et sans l'observation des délais légaux; mais, dans ce cas, les membres absents n'encourraient pas l'amende indiquée plus haut, et la non-comparution d'un seul empêcherait la délibération (art. 413).

Les membres *honoraires* ne peuvent jamais subir l'amende.

XXXIX. — Lorsque les membres sont légalement convoqués, le conseil peut délibérer, si les trois quarts des membres titulaires (non compris le juge de paix) sont présents (art. 415).

En principe, les résolutions doivent être prises à la majorité absolue des suffrages, c'est-à-dire qu'une opinion ne peut l'emporter qu'autant qu'elle a pour elle plus de la moitié des voix; mais quand les opinions contraires ont un nombre égal de suffrages, la voix du juge de paix est prépondérante. S'il se forme trois opinions ou plus, dont deux présentent chacune plus de suffrages que l'autre ou chacune des autres, les voix de ces dernières sont tenues de se reporter sur l'une des deux premières, ce qui donne nécessairement une majorité absolue. S'il se forme trois opinions ou plus, sans que deux d'entre elles présentent plus de voix que chacune des autres, le juge de paix doit appeler un nouveau membre qui est tenu de se réunir à l'une des opinions antérieurement émises, ce qui pourra donner les deux opinions plus nombreuses dont on vient de parler. Que s'il se forme trois opinions ou plus, ayant chacune un même nombre de voix, ou bien si, après l'adjonction d'un membre nouveau, il existe diverses opinions moins nombreuses et une seule plus nombreuse que chacune des autres, mais qui n'a pas encore la majorité absolue, alors, comme il n'existe aucun moyen d'arriver à cette majorité absolue, on se contentera de la majorité relative; c'est-à-dire que cette opinion l'emportera, qui aura plus de voix que chacune des autres, ou qui, en cas d'opinions égales en voix, aura pour elle la voix prépondérante du juge de paix (*ibid.* et 416).

Toutes les fois qu'une résolution n'est pas prise à l'unanimité, l'avis

de chaque membre doit, par exception à la règle générale, être mentionné au procès-verbal (art. 448).

XL. — En outre des circonstances dans lesquelles les décisions du conseil de famille blessent l'intérêt d'un tiers (comme quand il s'agit d'excuses, d'exclusions ou destitutions de tuteurs, subrogés tuteurs ou curateurs), ces décisions peuvent être attaquées :

1° Comme prises en violation des règles relatives à la composition, à la convocation ou au mode de délibération du conseil : cette cause de nullité est abandonnée à l'appréciation des juges et peut être proposée par les tuteurs, subrogés tuteurs ou curateurs, et par tous les membres du conseil;

2° Comme contraires à l'intérêt du mineur : elles ne peuvent alors être attaquées que par les tuteur, subrogé tuteur ou curateur, et par ceux des membres qui ont été d'un avis contraire à la résolution.

Dans tous les cas, quoique le conseil de famille soit une espèce de tribunal domestique, il ne forme cependant pas un premier degré de juridiction, et la sentence rendue sur la réclamation par le tribunal de première instance est toujours susceptible d'appel (art. 448).

TITRE XI.

DE LA MAJORITÉ, DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE.

(Décrété le 29 mars 1803. — Promulgué le 8 avril.)

306. La loi, dans ce titre, en continuant de suivre les personnes après la cessation de leur minorité, arrive à déterminer quels individus sont majeurs (chap. I, *De la Majorité*); et, sans entrer, quant à ces majeurs, dans un détail de règles inutiles à indiquer ici (puisque la majorité nous place dans le droit commun), elle s'occupe de régler l'incapacité plus ou moins complète dont elle croit devoir les frapper exceptionnellement, soit pour l'absence ou la faiblesse des facultés intellectuelles, soit pour un funeste penchant à de folles dépenses (chap. II, *De l'Interdiction;* et chap. III, *Du Conseil judiciaire*).

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MAJORITÉ.

488. — La majorité est fixée à vingt et un ans accomplis; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile, sauf la restriction portée au titre *Du Mariage*.

307. Cet article a été expliqué en même temps que l'art. 388. La

restriction qu'il rappelle pour le cas de mariage existe aussi pour le cas d'adoption (art. 346).

CHAPITRE II.

DE L'INTERDICTION.

308. La loi ne s'occupe ici que de l'interdiction *judiciaire*, prononcée par les tribunaux civils. Nous savons qu'il existe en outre une interdiction *légale*, qui a lieu de plein droit, par suite de toute condamnation à l'une des trois peines afflictives et infamantes n'emportant pas mort civile, savoir : les travaux forcés à temps, la détention et la réclusion (1). Cette interdiction légale, comme l'interdiction judiciaire, donne lieu à la formation d'un conseil de famille, et à la nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur; elle produit aussi les autres effets de l'interdiction judiciaire, sauf les différences que nous indiquerons à la fin de ce chapitre (C. pén., art. 28).

Quant à l'interdiction, légale aussi, qui résulte, pendant les cinq années de grâce, de la condamnation par contumace à une peine emportant mort civile, on sait que c'est à la régie des domaines qu'elle confie l'administration des biens de l'interdit.

489. — Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides.

309. Trois causes seulement permettent l'interdiction judiciaire d'un individu, et ces trois causes se réduisent à une, la privation des facultés intellectuelles. En effet, l'*imbécillité* est l'état d'un esprit qui n'a pas la force de concevoir; elle provient d'une organisation incomplète ou usée. La *démence* est l'état d'une intelligence qui conçoit, et conçoit ordinairement beaucoup, mais qui n'a que des conceptions déréglées; elle provient du dérangement de l'organisation. Enfin, la *fureur* n'est que la démence elle-même, en tant qu'elle porte à des actes dangereux et violents. La démence se nomme communément *folie ;* et la fureur, *folie furieuse* ou *méchante*.

Quoique notre article ne parle que des majeurs (parce qu'il s'occupe *de eo quod plerumque fit*), il peut également s'appliquer aux mineurs émancipés et même aux mineurs non émancipés, si cette mesure était nécessaire (2). — Remarquons d'abord que l'interdiction d'un mineur non émancipé ne serait pas sans effet, comme on pourrait le croire au premier coup d'œil : le pupille, avec le consentement de certaines personnes, peut se marier, et après seize ans il peut faire son testament ; or, l'interdiction lui enlèverait ces droits. Aussi l'orateur du gouverne-

(1) La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854, et les peines afflictives perpétuelles emportent l'interdiction légale.

(2) *Conf.* Bourges, 22 déc. 1862 (Dev., 63, II, 132); *Dict. not.* (v° Interdiction, n° 19).

ment devant le Corps législatif disait-il : *Il peut arriver qu'une personne soit en tutelle lors de son interdiction, alors,* etc. (Fenet, t. X, p. 712). Et c'est pour cela que le conseil d'État a rejeté un article du projet qui portait : « La provocation en interdiction n'est point admise contre les mineurs non émancipés, elle l'est contre les mineurs émancipés. » (*Ibid.*, t. II, p. 96, art. 39.) (1)

490. — Tout parent est recevable à provoquer l'interdiction de son parent. Il en est de même de l'un des époux à l'égard de l'autre.

310. On comprend que si c'est une femme qui demande l'interdiction de son mari, elle doit, avant d'agir, se faire autoriser par la justice (art. 215). Elle aurait également besoin de l'autorisation, soit de son mari, soit de la justice, pour défendre à la demande dirigée contre elle par un autre que son mari (2).

491. — Dans le cas de fureur, si l'interdiction n'est provoquée ni par l'époux ni par les parents, elle doit l'être par le procureur impérial, qui, dans les cas d'imbécillité ou de démence, peut aussi la provoquer contre un individu qui n'a ni époux, ni épouse, ni parents connus.

311. Dans les cas d'imbécillité et de démence, il y a, pour le ministère public, simple faculté d'agir ; et encore cette faculté n'existe qu'autant qu'il n'y a ni conjoints ni parents. Dans le cas de fureur, au contraire, comme alors la sûreté publique est compromise, il y a pour lui devoir de provoquer l'interdiction, malgré l'existence de parents et d'un époux qui négligent de le faire.

312. Il est évident que nul ne pourrait, par convention, se mettre dans un état d'interdiction ; l'état des personnes ne dépend pas de la volonté privée, et un pareil contrat serait nul comme contraire aux bonnes mœurs (Cassat., 7 septembre 1808).

Mais faut-il en conclure, avec Merlin (*Rép.*, v° Interdict., § 3), M. Duranton (III, 724) et M. Zachariæ (I, p. 253) (3), qu'un individu ne pourrait provoquer lui-même son interdiction ?... Évidemment non. Qu'y a-t-il de commun entre s'interdire soi-même et prier l'autorité compétente d'examiner s'il y a lieu à l'interdiction ? Où voit-on l'ombre d'une immoralité dans le fait d'un malheureux qui, privé de parents qui provoquent l'action du tribunal, profite d'un intervalle lucide pour demander d'être garanti contre sa propre incapacité? Lorsqu'en 1808

---

(1) L'instance en interdiction s'éteint par le décès du défendeur à l'interdiction; elle ne peut être poursuivie contre ses héritiers. Limoges, 27 avril 1853 (Dev., 53, II, 320).

(2) Les alliés n'ont pas qualité pour provoquer l'interdiction de leur allié. Besançon, 24 juin 1859 (Dev., 59, II, 672); Caen, 21 mars 1861 (Dev., 62, II, 484); Massé et Vergé (I, § 234, p. 464, note 2); Aubry et Rau (I, § 125, p. 459).

(3) Adde, *Dict. not.* (v° Interdiction, n° 17).

l'Italien Benoît Galli fit la sottise d'aller *s'interdire* par acte notarié, et que le Tribunal de Parme commit l'incroyable abus de déclarer un tel acte valable, la Cour suprême dut casser un tel jugement : *attendu* (c'est son motif unique) *qu'on ne peut déroger par convention aux lois qui reglent l'état des citoyens;* mais si c'eût été le tribunal qui eût prononcé l'interdiction après l'examen voulu, où eût été l'immoralité? Aussi, malgré l'insistance de M. le procureur général Merlin, la Cour se garda bien de déclarer qu'on ne pouvait provoquer soi-même son interdiction.

Il est bien vrai que la loi ne classe pas l'interdit parmi les personnes qui peuvent agir; mais c'est qu'il n'arrivera presque jamais qu'un pauvre fou, dans ses intervalles lucides, ait assez de philosophie pour ne pas rougir de son malheur : *De eo quod plerumque fit statuit lex.* Mais si mon frère ou mon cousin, par le seul intérêt qu'ils ont comme pouvant hériter de moi, ont la faculté de me faire mettre à l'abri des dangers que je cours, comment ne le pourrais-je pas moi-même, quand je n'ai aucun parent ou que mes parents ne s'occupent pas de moi? Le jugement de Parme avait violé de la manière la plus complète les art. 6, 492, 493, 494, etc. ; notre doctrine ne blesse aucune disposition du Code.

492. — Toute demande en interdiction sera portée devant le tribunal de première instance.

493. — Les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur, seront articulés par écrit. Ceux qui poursuivront l'interdiction, présenteront les témoins et les pièces.

313. C'est devant le tribunal du lieu où est domiciliée la personne à interdire que l'action se porte, et c'est dans la requête présentée au président que le poursuivant doit *articuler* (c'est-à-dire préciser *article par article*) les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur, et indiquer les témoins qui peuvent en déposer. Il doit joindre à cette requête les différents actes qui pourraient être de nature à justifier de ces faits (C. pr., art. 890).

494. — Le tribunal ordonnera que le conseil de famille, formé selon le mode déterminé à la section IV du chapitre II du titre *De la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation,* donne son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée.

314. Le tribunal peut fort bien, avant même de consulter la famille, rejeter la demande, soit comme formée irrégulièrement (par un simple allié, par exemple), soit comme lui paraissant mal fondée. La raison seule le voudrait ainsi; mais en outre, d'après l'art. 892 du Code de procédure, le tribunal n'est tenu d'ordonner la convocation du conseil

de famille dont parle notre article, qu'autant que le rapport fait par l'un des juges l'a éclairé sur la valeur de la demande, sur l'importance suffisante des faits articulés (1).

495. — Ceux qui auront provoqué l'interdiction, ne pourront faire partie du conseil de famille : cependant l'époux ou l'épouse, et les enfants de la personne dont l'interdiction sera provoquée, pourront y être admis sans y avoir voix délibérative.

315. Le conseil dont il s'agit ici se compose des six plus proches parents ou alliés, comme en cas de minorité; sauf que le conjoint, dont il ne pouvait pas être question dans ce dernier cas, doit y être appelé avant tous autres. Il y a exception à cette règle de composition pour ceux qui ont provoqué l'interdiction ; ils en sont écartés, et avec raison, parce qu'il est à craindre que, pour soutenir leur idée première, ils ne votent dans le sens de leur demande, alors même qu'ils la verraient mal fondée.

Cependant, quand la provocation part du conjoint ou des enfants, ceux-ci sont également admis au conseil, mais sans y avoir voix délibérative ; l'importance des renseignements qu'ils ont à donner ne permet pas de les exclure.

Et puisque le conjoint et les enfants se trouvent avoir pour l'entrée au conseil un droit plus fort que celui des autres parents, il est clair qu'ils y seront appelés avec voix délibérative, quand la provocation ne viendra pas d'eux. En vain dirait-on, comme Toullier (II, 1322), qu'il y a quelque chose d'immoral à voir un conjoint et des enfants voter l'interdiction de leur époux et de leur père; car il n'y a rien d'immoral à voter, ni à provoquer une mesure qui est toute de protection pour le malade; aussi, la provocation même, beaucoup plus grave que le simple avis, est regardée par la loi comme un devoir imposé aux personnes ayant le droit d'agir, et de l'inaccomplissement duquel elle les punit dans l'art. 504. D'ailleurs, ceux qui admettraient cette idée fausse d'immoralité doivent voir une immoralité plus grande encore dans le fait d'un enfant qui *provoque* l'interdiction de son père; or, la provocation lui est permise, le simple vote doit donc l'être *à fortiori*. Enfin (et ceci arrête toute discussion), la défense de voter, pour les enfants et le conjoint, était écrite dans le projet (Fenet, t. III, p. 91, art. 10), et elle a été rejetée au conseil d'État; plus tard, le Tribunat a demandé positivement cette même défense (*ibid.*, t. X, p. 698), et cette demande a été rejetée une seconde fois. L'opinion de Toullier est donc une erreur certaine (2).

---

(1) *Voy.* Cass., 5 avr. 1865 (Dev., 65, I, 158).

(2) *Conf.* Duvergier (sur Toullier); Aubry et Rau (I, § 125, note 9); Demolombe (VIII, n° 500); Dijon, 22 août 1829; Rej., 13 mars 1833; Rouen, 30 nov. 1836 (Dev., 43, I, 527; 37, II, 88); Paris, 2 mai 1853 (Dev., 53, II, 321); 15 juin 1857 (Dev., 58, II, 104).

496. — Après avoir reçu l'avis du conseil de famille, le tribunal interrogera le défendeur à la chambre du conseil : s'il ne peut s'y présenter, il sera interrogé dans sa demeure, par l'un des juges à ce commis, assisté du greffier. Dans tous les cas, le procureur impérial sera présent à l'interrogatoire.

497. — Après le premier interrogatoire, le tribunal commettra, s'il y a lieu, un administrateur provisoire, pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur.

316. Cet administrateur provisoire n'ayant pas la qualité de tuteur, ne pourrait faire que les actes de pure administration et ne serait pas soumis à l'hypothèque légale (1).

498. — Le jugement sur une demande en interdiction ne pourra être rendu qu'à l'audience publique, les parties entendues ou appelées.

499. — En rejetant la demande en interdiction, le tribunal pourra néanmoins, si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, aliéner, ni grever ses biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le même jugement.

317. Lorsque l'imbécillité et la démence, quoique réelles, n'existent cependant pas à un degré assez haut pour motiver une interdiction, le tribunal peut, en rejetant la demande d'interdiction, placer le défendeur sous l'assistance d'un conseil judiciaire dont le concours lui sera nécessaire pour tous les actes autres que ceux de pure administration. Et ce n'est pas seulement pour le défaut de raison que le tribunal peut nommer un conseil ; c'est toutes les fois que *les circonstances l'exigent ;* ainsi un sourd-muet ne sachant ni lire ni écrire, et ne pouvant se servir dès lors de l'intelligence dont il jouit, pourrait être soumis à un conseil, quoiqu'il ne pût être interdit (2).

Et puisque les tribunaux ont le droit, dans les cas dont il s'agit, de nommer un conseil, il s'ensuit que le conjoint ou les parents auraient le droit de former une demande tendant directement non à l'interdiction, mais à cette nomination de conseil ; car il est évident qu'on a le droit de demander à un tribunal ce que ce tribunal a le droit d'accorder. On ne s'explique donc guère l'opinion contraire de Delvincourt,

---

(1) L'interrogatoire est une formalité substantielle ; son omission emporte nullité lorsqu'il n'est pas constaté que c'est par la faute du défendeur que l'interrogatoire n'a pas eu lieu. Cass., 9 mai 1860 (Dev., 60, I, 105 ; Dall., 60, I, 214). *Voy.* Rouen, 18 janv. 1865 (Dev., 65, II, 350). — L'administrateur provisoire doit être nommé en chambre du conseil et non en audience publique. Cass., 6 et 19 fév. 1856 (Dev., 56, I, 113 ; Dall., 56, I, 71).

(2) Ainsi jugé, le 14 janvier 1812, par un arrêt de la Cour de Lyon, lequel a réformé, avec raison, un jugement qui avait *interdit* le sourd-muet.

rejetée, du reste, par Merlin (*Rép.*, v° Testament) et M. Zachariæ (I, p. 274).

Quand les parents ont demandé l'interdiction, et que le tribunal ne prononce qu'une nomination de conseil, ces parents ne doivent pas être condamnés aux dépens ; car le résultat prouve qu'ils ont eu raison d'appeler l'attention de la justice, et qu'il y avait effectivement une mesure judiciaire à prendre. Loin d'avoir mal agi, ils ont accompli un devoir légal.

(*Voy.* l'explication de l'art. 513, pour compléter celle de cet article.)

500. — En cas d'appel du jugement rendu en première instance, la Cour impériale pourra, si elle le juge nécessaire, interroger de nouveau, ou faire interroger par un commissaire, la personne dont l'interdiction est demandée.

501. — Tout arrêt ou jugement portant interdiction, ou nomination d'un conseil, sera, à la diligence des demandeurs, levé, signifié à partie, et inscrit, dans les dix jours, sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire et dans les études des notaires de l'arrondissement.

318. Quand il s'agit d'un jugement, et qu'il est frappé d'appel avant qu'il soit affiché, l'affiche n'en est pas moins nécessaire; car ce jugement peut être confirmé, et rester exécutoire du jour même de sa date. Tout acte passé postérieurement à sa prononciation serait donc nul, et, dès lors, les tiers doivent être dès à présent avertis. En vain dirait-on qu'on ne peut pas afficher, et, par là, exécuter un jugement dont il y a appel, car l'affiche n'est pas une exécution, c'est tout simplement un moyen de mettre les tiers sur leurs gardes.

Comme une affiche présentant la liste complète de tous les individus interdits ou pourvus d'un conseil dans l'arrondissement serait souvent trop longue, on se contente ordinairement de placer dans l'auditoire du tribunal et dans les études des notaires un tableau avertissant le public que cette liste se trouve sur un registre qui est à la disposition de tout réclamant.

502. — L'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet du jour du jugement. Tous actes passés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront nuls de droit.

I. — 319. La rédaction de cet article pèche comme trop absolue.

Et d'abord, il est clair que la sentence ne produira ses effets qu'autant qu'elle sera rendue par la Cour; ou, si elle émane du tribunal, qu'autant qu'elle ne serait pas frappée d'appel ou qu'elle serait confirmée sur l'appel. Ainsi, quand un jugement d'interdiction est réformé sur l'appel, il est clair que, ce jugement étant non avenu, les actes

passés par le défendeur, même dans l'intervalle entre le prononcé du jugement et l'appel, restent valables, car, en droit, il n'y a pas eu jugement. Il en serait de même si la Cour avait remplacé l'interdiction par une nomination de conseil, et qu'il s'agît d'un acte que l'individu pourvu d'un conseil peut faire seul. Quand le jugement est confirmé, comme ce n'est pas l'*arrêt* qui confirme qu'on exécute, mais bien le *jugement* confirmé par l'arrêt, tous actes postérieurs à ce jugement restent nuls. Que si le jugement avait rejeté la demande en entier, et que ce soit la Cour qui prononce la première l'interdiction ou la nomination de conseil, il est évident qu'il ne pourra être question de nullité que pour les actes passés postérieurement à l'arrêt; il en serait de même des actes qu'on peut faire sans l'assistance d'un conseil, quand le tribunal a simplement donné ce conseil, et que la Cour seule a interdit. Il est également évident, quant à la seconde phrase de l'article, que les actes postérieurs à la sentence irrévocable ne sont nuls *tous* que quand il y a eu interdiction; s'il y avait seulement nomination de conseil, la nullité n'existerait que pour les actes qui demanderaient l'assistance du conseil.

Le défaut d'affiche n'empêcherait pas la nullité des actes; car cette nullité est établie pour l'incapable, et ce n'est pas cet incapable qui est en faute de n'avoir pas fait afficher, puisque c'est au demandeur que cette obligation est imposée. D'ailleurs, le rapprochement de notre article avec l'article précédent prouve que la loi ne subordonne pas la nullité à la formalité de l'affiche, puisque la nullité a lieu du jour même du jugement, et qu'il suffit de faire afficher le dixième jour (1). Les tiers trompés par le défaut d'affiche pourraient donc seulement demander des dommages-intérêts à celui qui a fait prononcer le jugement; pourvu encore, bien entendu, que l'acte n'ait pas été passé dans les dix jours qui ont suivi ce jugement, puisque le demandeur a tout ce délai pour exécuter son obligation d'afficher.

II. — 320. Une dernière expression de notre article demande encore une observation : c'est celle qui qualifie *nuls de droit* les actes passés par l'incapable. On pourrait croire que ces actes sont nuls à proprement parler, c'est-à-dire *non existants* en droit; or, ce serait une grave erreur. Ces actes existent légalement; ils sont seulement vicieux et annulables. L'incapable ou ses représentants ont, pour en demander l'annulation, dix ans à partir de la cessation de l'incapacité ou de la mort de l'incapable; après ce délai, l'annulation ne pourrait plus être demandée, et les actes demeureraient pleinement valables. Tel est le résultat de l'art. 1034. Le seul acte frappé de nullité proprement dite par suite de l'interdiction, c'est le mariage de l'interdit. (*Voy.* t. I, chap. IV *Du Mariage,* Observ. prélim., n° II.) (2)

---

(1) *Conf.* Rennes, 12 mai 1851 (Dev., 52, II, 131); Demolombe (VIII, n° 550); Zachariæ, Aubry et Rau (I, § 125, p. 463, texte et note 19); *Dict. not.* (v° Conseil judiciaire, n° 49). *Contrà :* Massé et Vergé (I, § 231, p. 467). *Voy.* Cass., 1er août 1860 (Dev., 60, I, 929; Dall., 61, I, 316).

(2) Conf. *Dict. not.* (v° Interdiction, n°s 84 et suiv.).

On sait déjà que, d'après l'art. 1125, l'annulation des actes de l'individu interdit ou pourvu d'un conseil ne peut être demandée que par lui, et jamais par l'individu capable avec lequel il aurait contracté.

Du reste, ce que nous disons, que l'acte est simplement annulable. et pour dix années seulement, est vrai quand l'acte n'est attaqué que sur ce seul motif que son auteur était interdit. Mais s'il est constant, d'ailleurs, que l'individu n'avait pas sa raison au moment précis qu'il a fait cet acte, il est clair qu'il serait radicalement nul, non existant; et que, dès lors, à quelque époque qu'on demandât aux tribunaux d'en reconnaître la nullité, cette nullité devrait être proclamée. Ceci n'est pas douteux, puisqu'il en serait ainsi de droit commun, alors même qu'il n'y aurait pas eu d'interdiction.

503. — Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits.

504. — Après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence, qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès; à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué.

I. — 321. Le premier de ces deux articles est une extension du droit commun, des principes généraux; le second, au contraire, y apporte une restriction.

De droit commun, un acte peut, à quelque époque que ce soit, être déclaré nul, non existant, vu le défaut de raison de celui qui l'a consenti; mais il faut, bien entendu, que le demandeur établisse l'absence de raison au moment précis où l'acte a été passé. Or, l'art. 503 permet, non plus de proclamer la non-existence de l'acte, mais de l'annuler (dans le délai de l'art. 1304) par cela seul que l'état habituel d'imbécillité ou de démence était publiquement connu au moment où l'acte s'est fait. Il pourra donc arriver, dans ce cas, qu'on annule un acte qui, en réalité, avait été contracté dans un intervalle lucide et avec pleine intelligence : le motif de cette disposition exceptionnelle et si sévère contre les tiers, c'est que celui-là mérite peu d'égards qui traite avec un homme en état habituel de folie, et qu'il y a grave présomption qu'il a abusé de sa triste position. Du reste, l'article ne dit pas que l'acte sera annulé, mais qu'il *pourra* l'être; si donc le cocontractant prouvait qu'il a agi de bonne foi, qu'il ne connaissait pas l'état habituel de l'autre partie, et qu'au moment de l'acte cette partie jouissait vraiment de sa raison, l'acte devrait être maintenu.

Dans le cas de l'art. 504, au contraire, la loi refuse aux héritiers de celui dont l'interdiction n'a été ni prononcée ni provoquée, le droit de faire annuler ses actes, même pour l'absence de raison au moment qu'il les a faits; et ce, pour punir ces héritiers de n'avoir pas provoqué l'interdiction. C'est qu'en effet, la loi désire, appelle l'interdiction des

individus privés de leur raison, comme un bienfait pour eux-mêmes et un moyen d'éviter une foule de contestations ; la personne privée de sa raison *doit* être interdite (art. 489), et c'est à ses parents, et à ses plus proches parents surtout, que ce devoir est imposé. Toutefois, il est un cas où la loi est forcée de reculer devant son système de punition : c'est quand l'acte attaqué porte en lui-même la preuve de la déraison ; il est clair qu'il n'y a pas moyen de déclarer valable un acte pareil. Du reste, cette disposition si rigoureuse pour les héritiers, et toute de faveur pour les tiers, ne s'applique qu'aux actes onéreux, et non aux dispositions gratuites; l'art. 901 déclare que les donations et les testaments ne sont jamais valables qu'autant qu'ils émanent d'un individu sain d'esprit. Cette règle absolue soustrait les libéralités à l'exception de notre article, et les laisse sous l'empire du droit commun ; on conçoit, en effet, que celui qui réclame une libéralité soit traité moins favorablement que celui qui invoque un acte onéreux (1).

II. — 322. Puisque nos deux art. 503 et 504 sont des exceptions au droit commun, on n'appliquera donc ni l'un ni l'autre en dehors des cas par eux prévus. Ainsi, qu'un individu qui n'a pas été interdit (ce n'est donc plus le cas de l'art. 503) vienne attaquer lui-même (ce n'est donc plus le cas de l'art. 504), pour cause de démence, l'acte qu'il a consenti, ce sera à lui de prouver, par témoins et par tous autres moyens qui pourraient être en son pouvoir, qu'il n'avait pas sa raison alors qu'il a passé l'acte. Il en serait autrement, d'après une exception écrite dans la loi du 30 juin 1838 (dont nous donnerons l'analyse à la suite du résumé de ce titre), s'il s'agissait d'une personne qui, sans être interdite, se trouvait placée, au moment de l'acte, dans un établissement d'aliénés.

505. — S'il n'y a pas d'appel du jugement d'interdiction rendu en première instance, ou s'il est confirmé sur l'appel, il sera pourvu à la nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur à l'interdit, suivant les règles prescrites au titre *De la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation.* L'administrateur provisoire cessera ses fonctions, et rendra compte au tuteur s'il ne l'est pas lui-même.

323. Tant qu'*il n'y a pas eu d'appel,* et quand même on serait dans le délai de cet appel, on doit nommer les tuteur et subrogé tuteur, car on peut toujours exécuter un jugement tant que l'appel n'est pas interjeté ; que si l'appel survenait après la nomination faite, les tuteur

---

(1) *Conf.* Toullier (II, 1363) ; Grenier (*Donations,* I, 284) ; Merlin (*Rép.,* v° Testament, sect. 1) ; Duranton (III, 787) ; Zachariæ (I, p. 261) ; Coin-Delisle (art. 901, n° 9) ; *Dict. not.* (v° Interdiction, n°s 55 et suiv.) ; Poitiers, 27 mai 1809 ; Cass., 9 oct. 1809 et 20 nov. 1810 ; Besançon, 19 déc. 1810 ; Colmar, 17 juin 1812 ; Paris, 26 mai 1815 ; Rouen, 3 mai 1816 ; Metz, 29 juill. 1817 ; Toulouse, 10 fév. 1821 ; Cass., 10 mars 1824, etc. — Jugé qu'un testament peut être annulé, bien que l'interdiction n'ait pas été provoquée et que la preuve de la démence ne résulte pas du testament lui-même, si d'ailleurs le testateur était dans un état d'imbécillité constant. Cass., 7 mars 1864 (Dev., 64, I, 163).

et subrogé tuteur feraient place de nouveau à l'administrateur provisoire.

506. — Le mari est, de droit, le tuteur de sa femme interdite.

324. Dans le cas d'interdiction, la tutelle est toujours dative, excepté seulement pour l'époux de la femme interdite ; il n'y a jamais ni tutelle testamentaire, ni, hors le cas du mari, tutelle légale. L'art. 505 veut qu'après la sentence il soit pourvu *à la nomination* du tuteur, et la disposition de l'art. 506 est la seule exception que nous trouvons à cette règle. Le Tribunat avait demandé qu'on rejetât de l'art. 505 ce mot de *nomination*, pour faire place à l'application des règles sur la tutelle des mineurs ; mais cette demande a été rejetée (Fenet, t. X, p. 701) (1).

507. — La femme pourra être nommée tutrice de son mari. En ce cas, le conseil de famille réglera la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours devant les tribunaux de la part de la femme qui se croirait lésée par l'arrêté de la famille.

I. — 325. L'interdiction du mari n'augmente ni ne diminue en rien la capacité de la femme. Que cette femme soit ou non nommée tutrice (2), elle est toujours femme mariée, et comme telle elle reste incapable de passer sans autorisation aucun acte la concernant ; tous les actes pour lesquels il lui fallait antérieurement l'autorisation du mari, elle ne peut les passer désormais qu'avec l'autorisation de la justice (art. 222). Ainsi, elle ne peut prétendre, de son chef et en son nom propre, à l'administration de la communauté, s'il en existe une, ni à celle de ses biens propres dont l'administration appartenait au mari. Tous les droits qui appartenaient à ce mari lui appartiennent encore, seulement leur exercice lui est enlevé : or, cet exercice, il passe, non pas à la femme, mais au tuteur sous la surveillance et avec l'intervention de la famille ou même du tribunal, selon les cas, d'après les règles sur la tutelle des mineurs. La femme ne peut faire de son chef que ce qu'elle pouvait faire auparavant : ainsi, elle peut, en remplaçant l'autorisation du mari par celle de la justice, aliéner un immeuble à elle propre dont le mari n'a pas la jouissance.

---

(1) En cas de séparation de corps, la tutelle d'une femme interdite n'appartient pas de plein droit à son mari. Cass., 25 nov. 1857 (Dev., 58, I, 289; Dall., 58, I, 299). *Conf.* Zachariæ, Aubry et Rau (1, § 126, note 4); Massé et Vergé (I, § 235, note 5).

(2) La femme *peut* être nommée tutrice; mais le conseil est libre, comme dans toute tutelle dative, de choisir tel tuteur qu'il jugera bon. Notre article a tout simplement relevé la femme de l'incapacité dont elle se trouvait frappée dans l'art. 442, 3°; elle rentrait en effet dans la règle de ce 3°, sans rentrer dans son exception. Le conseil pourra donc choisir la femme, la mère ou une autre ascendante de l'interdit; mais il n'y sera pas tenu. Conf. *Dict. not.* (v° Interdiction, n° 78).

Un arrêt de Paris du 7 janvier 1815, qui avait arbitrairement jugé le contraire, a été cassé le 27 novembre 1816; et sur le renvoi, la Cour d'Orléans, le 9 août 1817, a jugé, comme la Cour de cassation, que c'est là pour le conseil une simple faculté.

Si c'est la femme qui est tutrice, elle aura alors l'administration de ses biens propres, administrés précédemment par le mari; mais elle l'aura comme tutrice, comme mandataire légal du mari; elle l'aura au même titre que l'administration de la communauté et des biens propres du mari : par conséquent, elle pourra faire, sans aucune autorisation, comme tout autre tuteur, tous les actes de cette administration. Quant aux actes pour lesquels un tuteur a besoin de l'autorisation de la famille (acceptation de donations ou de successions, actions intentées sur les droits immobiliers, etc.), ou même de l'intervention de la justice (aliénations ou hypothèques d'immeubles du mari ou de la communauté, emprunts, etc.), la femme devra remplir les mêmes formalités : ni la famille, ni les tribunaux ne pourraient l'en dispenser; elle n'est et ne peut être qu'une tutrice.

Que s'il s'agissait d'actes concernant à la fois le mari et la femme, par exemple, de l'aliénation d'un immeuble appartenant à la femme, mais dont le mari a l'usufruit, il faudrait tout ensemble, 1° pour la nue propriété appartenant à la femme, le consentement *proprio nomine* de cette femme autorisée par justice; 2° pour l'usufruit du mari (lequel est aussi un immeuble, d'après l'art. 526), l'intervention du tuteur (qui sera l'intervention de cette même femme, si c'est elle qui est tutrice; mais alors comme tutrice du mari et *procuratorio nomine*), avec autorisation du conseil, homologuée par le tribunal; puis, l'emploi des diverses formes voulues, le tout d'après les art. 457, 458 et 459.

326. Le conseil de famille, en nommant la femme tutrice, doit, comme dans toute tutelle dative, décider si elle sera autorisée à se faire aider par des administrateurs salariés; si elle devra donner, chaque année, des états de situation; si elle devra vendre, ou conserver en nature, tels ou tels meubles; quelle somme elle pourra prendre sur les revenus du mari, ou de sa communauté, pour l'entretien et la guérison du mari, pour son propre entretien, et celui des enfants qui n'auraient pas des biens propres suffisants; à quelle somme commencera l'obligation de faire emploi des économies. Que si la femme se trouve lésée par ce règlement donné par la famille sur la forme et les conditions de son administration, elle pourra en demander la modification aux tribunaux.

Au reste, que la femme soit ou non tutrice, c'est toujours à elle qu'appartiendra l'exercice de la puissance paternelle, avec les droits qui en découlent, sur la personne et les biens des enfants mineurs. (*Voy.* art. 382, n° III; art. 384, n° II.)

II. — 327. Quand c'est le mari qui se trouve tuteur légal de la femme, le droit d'administrer les biens de celle-ci reste attaché à sa puissance maritale; en sorte que ces fonctions de tuteur ne sont relatives qu'aux biens dont la femme s'était réservé l'administration.

508. — Nul, à l'exception des époux, des ascendants et descendants, ne sera tenu de conserver la tutelle d'un interdit au delà de dix

ans. A l'expiration de ce délai, le tuteur pourra demander et devra obtenir son remplacement.

509. — L'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens : les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits.

328. Nous avons relevé, au titre *Du Mariage,* l'erreur de M. Zachariæ, qui fait dire à notre article que l'interdit est assimilé au mineur *absolument et pour tout,* de sorte que, entre autres conséquences, l'interdit pourrait comme le mineur se marier avec le consentement de ses ascendants. Il est *évident,* par la simple lecture de notre article, que c'est relativement aux règles sur la tutelle que l'assimilation existe. Si l'interdit était absolument assimilé au mineur, il faudrait donc dire que, tant qu'il aura ses père et mère légitimes, il ne devra pas être mis en tutelle; ce serait le père qui aurait l'administration légale de ses biens!...

L'assimilation quant à la tutelle n'est pas même sans exception, car pour l'interdit il n'y a jamais ni tutelle légale des ascendants, ni tutelle testamentaire; puis, comme cette tutelle pourrait durer cinquante ou soixante années, dix ans de gestion deviennent, pour les étrangers et les parents collatéraux, une juste cause de décharge. Il est encore d'autres exceptions au principe de notre article, notamment celle de l'article suivant.

510. — Les revenus d'un interdit doivent être essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison. Selon les caractères de sa maladie et l'état de sa fortune, le conseil de famille pourra arrêter qu'il sera traité dans son domicile, ou qu'il sera placé dans une maison de santé, et même dans un hospice.

329. On comprend que l'objet prévu par cet article est un de ceux pour lesquels le règlement de la famille pourra donner lieu à une réclamation de la femme tutrice.

511. — Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant d'un interdit, la dot, ou l'avancement d'hoirie, et les autres conventions matrimoniales, seront réglés par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur impérial.

330. Quand il s'agit de marier (ou, évidemment, d'établir de toute autre manière) l'enfant d'un interdit, c'est au tuteur et au conseil de famille de cet interdit de régler, et d'arrêter comme il le ferait lui-même, les sommes ou les biens en nature qui doivent être pris pour cet objet sur son patrimoine, en se déterminant en cela d'après l'ensemble des conventions matrimoniales que consentira l'enfant. Mais ce n'est pas à

eux, bien entendu, de consentir au mariage ; c'est à l'enfant lui-même, s'il est majeur, sinon à ses ascendants, et s'il n'a plus d'ascendants en état de consentir et qu'il soit mineur de vingt et un ans, à son propre conseil de famille. C'est également à cet enfant lui-même, soit seul (s'il est majeur), soit avec l'assistance de ses ascendants ou de son conseil de famille (art. 1398), de consentir lui-même ses conventions matrimoniales, et d'employer les biens que le conseil de famille de son père met à sa disposition. Ainsi, par exemple, c'est à la jeune fille qui se marie (et à elle seule, alors même qu'elle serait mineure) de déclarer, sous l'assistance de ses ascendants ou de son conseil de famille, si elle adopte le régime dotal ou la communauté ; si elle ne fait aucun avantage à son mari, ou si elle consent à son profit des gains de survie ou autres libéralités. Mais le conseil de famille du père est libre de ne donner que 20 000 francs dans le second cas, au lieu de 30 000 ou 40 000 qu'il donnerait dans le premier ; en sorte que les diverses clauses du contrat de mariage, quoique arrêtées par le futur époux, dépendent indirectement du conseil de famille du père : les conventions de l'enfant sont pour ce conseil les éléments de fixation du sacrifice à consentir. En ce sens, il est vrai de dire que ce conseil concourt à régler ces conventions.

512. — L'interdiction cesse avec les causes qui l'ont déterminée : néanmoins la mainlevée ne sera prononcée qu'en observant les formalités prescrites pour parvenir à l'interdiction, et l'interdit ne pourra reprendre l'exercice de ses droits qu'après le jugement de mainlevée.

331. La première proposition de cet article est fort inexacte, ainsi que le prouve le reste de la disposition. La cessation des causes de l'interdiction ne fait point cesser cette interdiction : elle permet seulement d'en faire prononcer la mainlevée par le tribunal. Tant que cette mainlevée ne serait pas prononcée, l'individu, quoique ayant recouvré toute sa raison depuis longtemps, n'en resterait pas moins légalement incapable.

Nous avons dit que l'interdiction légale résultant de la condamnation aux travaux forcés à temps, à la détention ou à la réclusion, produit en général les mêmes effets que l'interdiction judiciaire ; mais il y aura quelques différences. Ainsi, 1° il n'y aura pas lieu d'appliquer à l'interdiction légale la règle de l'art. 508, qui veut qu'après dix ans les tuteur et subrogé tuteur puissent exiger leur décharge. En effet, l'interdiction légale ne peut pas, comme l'interdiction judiciaire, durer quarante, cinquante et soixante ans, car les travaux forcés temporaires et la détention ne peuvent être prononcés que pour vingt ans (C. pén., art. 19 et 20) ; or, la tutelle d'un mineur (pour laquelle la durée de la fonction ne devient jamais une excuse) peut aussi durer vingt ans (1). 2° Il est clair qu'il n'y a pas lieu de s'occuper de la guérison de l'inter-

(1) Mais *voy.* la loi du 31 mai 1854, art. 2.

dit, conformément à l'art. 510 ; le conseil de famille n'aura à délibérer ni sur la manière dont il doit être traité, ni même sur la fraction de revenus qui pourrait lui être attribuée, car la loi défend formellement de lui en remettre aucune partie (C. pén., art. 31). 3° Enfin, c'est de plein droit et par le seul fait de l'expiration de sa peine que l'interdit légal verra cesser son interdiction (*ibid.*, art. 30).

CHAPITRE III.

DU CONSEIL JUDICIAIRE.

513. — Il peut être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever leurs biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal.

1. — 332. On voit que cette nomination de conseil pour prodigalité produit exactement les mêmes effets, et se trouve identiquement la même que celle dont nous a parlé l'art. 499. C'est une demi-interdiction, une interdiction imparfaite (1).

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire reste capable des actes qui ne lui sont pas défendus par la loi, à la différence de l'interdit, qui tombe dans une incapacité absolue. Ainsi, le premier peut reconnaître un enfant naturel, se marier, faire son testament ; il peut faire aussi tous les actes d'administration, et par conséquent aliéner ses meubles. Cette dernière idée apparaît clairement dans les art. 499 et 513, qui présentent toujours simultanément la défense d'aliéner et d'hypothéquer les biens, ne faisant ainsi tomber sa défense d'aliéner que sur les biens susceptibles d'hypothèques (2).

Et puisque ce quasi-interdit peut se marier seul, il pourra donc se faire que, sans l'assistance de son conseil, ses biens se trouvent frappés d'hypothèque ; car le mariage emporte de plein droit hypothèque légale au profit de la femme. Et ce n'est pas même là une exception à notre article, car la loi ne dit pas que, sans l'assistance du conseil, les immeubles de cet individu ne pourront pas être hypothéqués ; elle dit que lui ne pourra pas les hypothéquer. Or, dans le cas de mariage, ce n'est pas lui, c'est la loi même qui impose l'hypothèque, même à l'insu et contre la volonté du mari. C'est également la loi, et non les parties, qui, dans le cas de communauté légale, soumet les rapports des époux, quant aux biens, à telles et telles règles ; donc le fait d'une personne interdite de se marier sans contrat et sous le régime de communauté légale qui en résulterait produirait, ici comme partout, ses effets ordinaires. Il est bien vrai qu'il en peut résulter des avantages pour l'autre époux au

(1) Peuvent être pourvus d'un conseil judiciaire : le mineur prodigue (Châteauroux, 25 nov. 1845 : Dev., 46, II, 329 ; *voy.* aussi Bourges, 5 mai 1846 : Dev., 46, II, 329) ; la femme mariée (Paris, 7 janv. 1856 : Dev., 56, II, 223).

(2) Il peut accepter une succession. Douai, 30 juin 1855 (Dev., 56, II, 270).

détriment des enfants du quasi-interdit, mais ce ne sont pas là les actes que la loi a voulu proscrire : elle a seulement entendu arrêter les dépenses folles, les conventions ruineuses, que sa prodigalité ou sa faiblesse d'esprit lui faisait faire dans les circonstances habituelles de la vie.

Mais si, pour le mariage, on dressait un contrat, le conseil devrait intervenir pour la validité des conventions (1).

II. — 333. Du reste, la nomination d'un conseil n'est jamais un motif pour annuler les actes passés antérieurement, à une époque où les causes de cette nomination avaient une existence notoire. Ces actes restent dans le droit commun, et ne pourraient être déclarés nuls que sur la preuve faite qu'au moment précis de l'acte l'individu n'avait pas un exercice suffisant de sa raison. En formulant l'exception de l'art. 503, le législateur, qui venait de parler dans l'article précédent de l'interdiction et de la nomination d'un conseil, ne parle plus que de l'interdiction seule.

L'art. 502 ne parlait d'abord que de l'interdiction, et l'art. 503 dès lors parlait en général des actes antérieurs *au jugement*. Le Tribunat demanda que la nomination d'un conseil fût ajoutée à l'interdiction dans l'art. 502 ; mais il fit remarquer en même temps qu'il fallait restreindre l'article suivant, 503, au cas de jugement d'*interdiction*. C'est ce qu'on a fait (Fenet, t. X, p. 682, 700 et 701).

III. — 334. L'individu pourvu d'un conseil n'est pas assimilé au mineur même émancipé ; il n'y a pour lui que deux classes d'actes : 1° ceux dont la loi ne parle pas et qu'il peut faire seul, comme tout autre majeur ; 2° ceux indiqués par notre article, pour lesquels l'assistance du conseil lui suffit toujours. Il n'y a pour lui ni conseil de famille aux autorisations duquel il faille quelquefois recourir, ni nécessité de faire jamais intervenir la justice (2).

Mais l'individu soumis à un conseil judiciaire ressemble, sous d'autres rapports, au mineur émancipé. Ainsi, c'est toujours lui qui agit, à la différence de l'interdit que son tuteur représente et remplace. C'est lui qui doit, en son nom propre, lancer ou recevoir les ajournements et autres significations : le conseil doit seulement l'*assister*, c'est-à-dire concourir simultanément à l'acte (un consentement donné postérieurement ne serait plus une assistance et demeurerait sans effet). Ce conseil, n'agissant jamais et n'ayant qu'à donner ou refuser son assentiment, ne peut être responsable, comme le curateur, que dans les li-

---

(1) Jugé qu'il ne peut faire seul, par contrat de mariage, une donation au profit de son conjoint. Bordeaux, 7 fév. 1855 ; Pau, 31 juill. 1855 ; Agen, 21 juill. 1857 (Dev., 56, II, 65 ; 57, II, 530). *Conf.* Demolombe (VIII, n° 737) ; Aubry et Rau (I, § 140, p. 512) ; Massé et Vergé (I, § 249, notes 1 et 15) ; Gilbert (Code Napoléon annoté, art. 513, n° 15). *Contrà :* Cass., 24 déc. 1856 (Dev., 57, I, 245) ; *Dict. not.* (v° Conseil judiciaire, n° 25).

(2) Le prodigue peut, si le conseil judiciaire refuse abusivement de l'assister, le faire révoquer ou faire nommer un tuteur *ad hoc*. Orléans, 15 mai 1847 (Dev., 47, II, 567) ; Besançon, 11 janv. 1851 (Dev., 51, II, 75) ; Douai, 31 août 1864 (Dev., 65, II, 139).

mites du droit commun, quand il sera coupable de faute ou de négligence grave (art. 1385) (1).

514. — La défense de procéder sans l'assistance d'un conseil, peut être provoquée par ceux qui ont droit de demander l'interdiction; leur demande doit être instruite et jugée de la même manière.

Cette défense ne peut être levée qu'en observant les mêmes formalités.

335. Cet article parle des personnes qui *peuvent* demander un conseil, et l'article précédent nous a dit que les actes par lui indiqués *peuvent* être défendus; il n'y a donc jamais que simple faculté de provoquer une nomination de conseil. En conséquence, le ministère public n'est jamais forcé d'agir, il peut seulement le faire; et on sait qu'il ne le peut que quand il n'existe ni conjoint, ni parents (art. 491) (2).

Puisque la demande doit être instruite, d'après notre article, de la même manière que celle en interdiction, il devra donc toujours être procédé à l'interrogatoire du défendeur, conformément à l'art. 496; et c'est avec raison qu'un arrêt de la Cour d'Agen, qui avait jugé que cet interrogatoire est inutile pour le cas de nomination de conseil, a été cassé par la Cour suprême (3).

515. — Aucun jugement, en matière d'interdiction, ou de nomination de conseil, ne pourra être rendu, soit en première instance, soit en cause d'appel, que sur les conclusions du ministère public.

336. Il est bien entendu que la sentence n'a pas besoin d'être rendue *conformément* aux conclusions, mais *sur* les conclusions du ministère public.

RÉSUMÉ DU TITRE ONZIÈME.

DES MAJEURS.

I. — Le majeur est l'individu parvenu à l'âge voulu pour la capacité légale. Cet âge, pour les actes civils ordinaires (il en est autrement pour le mariage et l'adoption), est celui de vingt et un ans (art. 488).

Les majeurs étant placés sous l'empire du droit commun, leur état n'appelle aucune règle spéciale, aucune observation particulière; c'est

(1) Décidé, toutefois, qu'en cas d'inaction du prodigue, le conseil judiciaire peut demander seul la nullité des engagements souscrits, contrairement à la loi, par le prodigue, pourvu que ce dernier soit mis en cause. Paris, 16 déc. 1859 (Dev., 60, II, 309); Lyon, 11 fév. 1863 (Dev., 65, I, 75).

(2) *Conf.* Rouen, 5 déc. 1853 (Dev., 55, II, 561); Demolombe (VIII, n° 703). Contrà : *Dict. not.* (v° Conseil judiciaire, n° 11).

(3) Cass., 26 janv. 1848 (Dev., 48, I, 177); Bordeaux, 23 août 1854 (Dev., 54, II, 789).

donc seulement pour le cas où une cause exceptionnelle les soustrait au droit commun que nous avons à nous en occuper ici. Or, trois causes peuvent soustraire les majeurs à l'application des règles ordinaires et les frapper d'une incapacité plus ou moins grande. Ce sont : 1° pour les femmes, l'état de mariage ; 2° l'interdiction ; 3° la nomination d'un conseil, ou interdiction imparfaite.

L'incapacité des femmes mariées ayant été expliquée dans le Résumé du titre *Du Mariage* (nos XXXIX et XL), nous n'avons à parler ici que de l'interdiction et de la nomination d'un conseil.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'INTERDICTION.

II. — On ne peut interdire que celui qui se trouve dans un état habituel d'imbécillité ou de démence. Il n'importe pas, du reste, que cet état présente ou non des intervalles lucides, ni que la démence soit ou non accompagnée de fureur (art. 489).

La provocation de l'interdiction est imposée comme un devoir au conjoint et aux parents du malade ; elle n'est pas permise à ses alliés. Quand il n'existe ni conjoint ni parents, le procureur impérial a toujours la faculté d'agir ; mais si la démence est furieuse, cette faculté se change en un devoir qu'il doit accomplir, alors même qu'il existerait des parents et un conjoint, si ceux-ci n'agissent pas. Du reste, rien n'empêche une personne de demander elle-même, dans un intervalle lucide, sa propre interdiction ; mais il est évident qu'elle ne pourrait pas s'interdire de son autorité privée (art. 490 et 491).

III. — La demande d'interdiction se forme devant le tribunal civil du domicile du malade, au moyen d'une requête adressée au président. Cette requête doit indiquer, article par article, les faits propres à justifier l'imbécillité ou la démence, et faire connaître les témoins qui pourront en déposer ; elle doit être accompagnée des différents actes qui pourraient contribuer à faire la preuve (art. 492 et 493).

Le président charge l'un des juges de faire un rapport sur la requête et les pièces qui l'accompagnent. Si, d'après ce rapport, le tribunal ne trouve pas la demande suffisamment fondée (quoique régulière d'ailleurs), il peut la rejeter de suite ; s'il croit devoir y donner suite, il commence par ordonner la formation du conseil de famille, qui doit donner son avis sur l'état de la personne. Ce conseil se forme d'après les règles indiquées au précédent Résumé (n° XXXV) : ainsi, on y appelle les descendants mâles de la personne et les conjoints des descendantes ; la loi y appelle aussi, comme de raison, le conjoint de cette personne. Toutefois, on en exclut, comme suspects de partialité, ceux qui ont provoqué l'interdiction, à l'exception du conjoint et des descendants, lesquels y sont admis malgré cette circonstance, mais alors sans voix délibérative (art. 494 et 495).

Après avoir reçu l'avis de la famille, conforme ou non, le tribunal

entier interroge le défendeur en la chambre du conseil; si ce défendeur ne peut pas s'y présenter, il est interrogé dans sa demeure par un juge à ce commis assisté du greffier. Dans les deux cas, le procureur impérial doit être présent à l'interrogatoire. Ce premier interrogatoire peut être renouvelé si le tribunal le juge à propos (art. 496).

Après le premier interrogatoire, le tribunal nomme, si c'est nécessaire, un administrateur provisoire qui prenne soin de la personne et des biens de l'infirme, sans pouvoir faire d'autres actes que ceux de pure administration et pour lesquels il y a urgence (art. 497).

Le jugement est rendu à l'audience après plaidoiries des deux parties, ou elles dûment appelées, et sur les conclusions du ministère public (art. 408).

IV. — Quand le jugement prononce l'interdiction, il doit être signifié à l'interdit, et alors même qu'il serait frappé d'appel, les demandeurs doivent le faire afficher, le dixième jour au plus tard, dans l'auditoire du tribunal et dans les études des notaires de l'arrondissement (art. 511).

Quand il y a appel, la Cour peut, si elle le juge nécessaire, interroger de nouveau le défendeur ou le faire interroger par un commissaire (art. 500).

V. — S'il n'y a pas appel ou si sur l'appel la Cour confirme, on procède à l'organisation de la tutelle. Si la personne interdite est une femme mariée, son mari en est le tuteur légal; dans tous les autres cas, il y a lieu à nomination du tuteur par le conseil de famille, lequel nomme toujours aussi le subrogé tuteur. Le premier acte de gestion du tuteur, c'est de recevoir le compte de l'administrateur provisoire, si ce n'est pas lui-même qui l'a été (art. 505 et 506).

La femme peut être nommée tutrice de son mari. Quand le conseil de famille juge à propos de la choisir, elle n'en reste pas moins incapable, comme femme mariée, et soumise à la nécessité de l'autorisation de la justice pour tous les actes dans lesquels elle agit *proprio nomine;* pour ceux qu'elle fait comme tutrice du mari, elle a, ni plus ni moins, la même capacité que tout autre tuteur. Si cette femme se trouve trop gênée et croit ses droits lésés par l'arrêté que prend le conseil de famille sur les différents points qu'il est appelé à régler (notamment le chiffre des dépenses à faire pour les besoins de l'interdit, et pour l'entretien de la femme et des enfants), elle peut en appeler aux tribunaux (art. 507).

C'est surtout à adoucir la position de l'interdit et à accélérer sa guérison, que ses revenus doivent être employés; ce n'est pas ici le lieu, comme dans la tutelle des mineurs, de se préoccuper d'économies à faire. C'est au conseil à décider si le malade devra être traité chez lui ou dans une maison de santé (art. 510).

La tutelle d'un interdit pouvant durer cinquante et soixante années, nul, à l'exception du conjoint, des ascendants et descendants, n'est tenu de l'exercer pendant plus de dix ans (art. 508).

VI. — L'interdiction affecte la personne d'une incapacité absolue,

qui entache de nullité tous les actes qu'elle pourrait passer; et cet effet se produit du jour même de la sentence, pourvu, bien entendu, que cette sentence (quand elle n'émane pas de la Cour) ne soit pas frappée d'appel ou soit confirmée sur l'appel. Ainsi, il y aura nullité des actes passés dans l'intervalle entre le jugement frappé d'appel et l'arrêt qui le confirme, nonobstant l'absence de tutelle dans cet intervalle. Cette nullité est également indépendante de l'apposition des affiches dont on a parlé plus haut, puisqu'elle a lieu avant l'expiration du delai accordé pour cette apposition. Mais ceux que le défaut d'affiches, à une époque où elles devaient exister, aurait induits en erreur sur l'état de l'interdit, auraient leur recours contre les demandeurs en faute de n'avoir pas fait afficher (art. 502).

Du reste, ce n'est pas là une nullité proprement dite, c'est une cause d'annulation qui laisse subsister l'acte, et permet à l'interdit ou à ses ayants cause de l'attaquer pendant dix années à partir de la cessation de l'interdiction (*ibid.*).

Outre cette annulation des actes passés par l'interdit, laquelle doit nécessairement être prononcée, l'interdiction autorise encore les tribunaux, en dehors du droit commun, à déclarer nuls les actes passés avant le jugement, à une époque où l'imbécillité ou la démence existaient déjà notoirement. Celui qui a contracté avec l'imbécile ou le dément aujourd'hui interdit ne peut échapper à cette annulation qu'en prouvant qu'il a vraiment agi de bonne foi, et que son contractant était dans un intervalle lucide au moment de l'acte (art. 503).

Par une autre dérogation au droit commun, toute contraire à la première, et pour punir des parents négligents, la loi ne permet pas, après la mort d'une personne, d'attaquer, pour défaut de raison, les actes par elle faits à titre onéreux, quand l'interdiction de cette personne n'a été ni prononcée, ni même provoquée de son vivant. La loi ne fait cesser cette règle que quand l'acte porte en lui-même la preuve de la déraison; dans ce cas, l'acte peut être proclamé nul, non pas seulement pendant dix années, mais à toute époque. Il en serait de même de l'acte accompli pendant l'interdiction, si, en outre de cette circonstance, l'interdit ou ses ayants cause prouvaient qu'il a eu lieu à un moment précis où il y avait absence de raison (art. 504).

VII. — Si, pendant la tutelle de l'interdit, il s'agit de marier l'un de ses enfants, c'est au conseil de famille de cet interdit à déterminer la dot qui peut être prise sur ses biens; et ce conseil, dès lors, doit concourir au règlement des conventions matrimoniales. Mais ces conventions n'en doivent pas moins être consenties par l'enfant lui-même, seul s'il est majeur, et dans le cas contraire, assisté de ses ascendants ou de son propre conseil de famille. La délibération par laquelle la famille de l'interdit consent cette dot et ces conventions doit être homologuée par le tribunal sur les conclusions du ministère public (art. 511).

VIII. — L'interdiction ne cesse que par la mainlevée qui en est prononcée. Le jugement de mainlevée doit, quand l'imbécillité ou la dé-

mence ont cessé, être rendu dans les mêmes formes et sur la demande des mêmes personnes que celui d'interdiction (art. 512).

Outre l'interdiction judiciaire ou civile, il existe une interdiction légale ou criminelle qui frappe, pendant toute la durée de leur peine, les condamnés aux travaux forcés à temps, à la détention où à la réclusion (1). Ces condamnés sont aussi pourvus d'un conseil de famille, d'un tuteur et d'un subrogé tuteur; et il faut appliquer, en général, à leur tutelle les règles indiquées pour la tutelle des mineurs et des individus interdits judiciairement.

CHAPITRE II.

DU CONSEIL JUDICIAIRE.

IX. — On peut pourvoir judiciairement d'un conseil, sans l'assistance duquel ils seront incapables de certains actes, 1° les prodigues; 2° ceux qui, sans être dépourvus de raison, se trouvent cependant hors d'état de gérer leurs affaires, soit par la faiblesse de leur intelligence, soit (comme le sourd-muet non instruit) par l'impossibilité matérielle d'exercer leurs facultés (art. 499 et 513).

La nomination du conseil peut se faire, soit, dans les deux cas, sur la demande des personnes qui pourraient, s'il y avait lieu, provoquer une interdiction; soit, dans le second cas seulement, d'office par les tribunaux qui rejettent une demande d'interdiction. La demande se poursuit devant les mêmes tribunaux et dans les mêmes formes que dans le cas d'interdiction; le jugement doit être rendu et publié suivant les mêmes règles, et il produit aussi ses effets du jour même de sa date (*ibid.*).

Le conseil est toujours nommé par le tribunal, jamais par la famille. A l'exemple du curateur, il n'est jamais chargé d'agir, mais seulement d'assister l'incapable agissant lui-même; comme lui, il ne répond que de ses fautes et de sa négligence grave (*ibid.*).

X. — L'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut, sans son assistance, 1° plaider; 2° transiger; 3° emprunter; 4° recevoir un capital et en donner décharge; 5° aliéner ou hypothéquer ses immeubles. L'assistance du conseil consiste dans son concours à l'acte.

Ces différents actes, quand ils sont consentis sans l'assistance du conseil, sont annulables au profit de l'incapable, et sur sa demande, pendant dix ans à partir de la cessation de l'incapacité. Quant aux actes antérieurs au jugement, ils ne peuvent jamais être attaqués sous le prétexte que la cause de la nomination existait notoirement quand on les a passés (art. 513).

XI. — Pour tous autres actes, le majeur pourvu d'un conseil conserve sa capacité ordinaire. Ainsi il peut, sans assistance, faire tous actes d'administration, et dès lors aliéner ses meubles, faire son tes-

(1) *Voy.* la loi du 31 mai 1854, art. 2.

tament, se marier; ce qui le soumet comme tout autre à l'hypothèque légale de la femme. Il n'en a pas non plus besoin (en ce qui concerne le côté pécuniaire de l'association conjugale) pour se marier sans contrat, et se soumettre ainsi à la communauté légale (*ibid.*).

XII. — La soumission à un conseil judiciaire, et l'incapacité qui en résulte, ne disparaissent qu'au moyen d'un jugement rendu après l'observation des formalités voulues pour la nomination (art. 514).

APPENDICE.

DES PERSONNES NON INTERDITES PLACÉES DANS UN ÉTABLISSEMENT D'ALIÉNÉS.

(Loi du 30 juin 1838.)

I. — Les personnes dont l'aliénation compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes peuvent être placées dans un établissement d'aliénés sur l'ordre motivé du préfet: ou même, en cas de danger imminent, attesté par un certificat de médecin ou par la notoriété publique, sur l'ordre d'un commissaire de police à Paris et du maire dans les autres communes (L. 1838, art. 18 et 19). Les autres aliénés peuvent être reçus sur une demande indiquant soit le degré de parenté, soit la nature des relations existant entre le requérant et l'aliéné, et accompagnée d'un certificat de médecin attestant l'aliénation. Il doit être donné avis du placement à l'autorité administrative, qui avertit le procureur impérial du domicile de l'aliéné et celui de la situation de l'établissement (art. 8-10).

II. — Les actes faits par une personne placée dans un établissement d'aliénés pendant le temps qu'elle y aura été retenue, sans que son interdiction ait été prononcée ni provoquée, pourront être attaqués conformément à l'art. 1304 du Code Napoléon, c'est-à-dire pendant dix ans. Ces dix ans courront, à l'égard de la personne, à dater de la connaissance qu'elle aura eue de l'acte après sa sortie de la maison; à l'égard des héritiers, à dater de la connaissance qu'ils en auront eue après la mort de leur auteur (art. 39). — Selon nous, la personne ou ses héritiers, quand ils agissent dans ce délai, n'ont pas besoin de prouver l'aliénation mentale au temps de l'acte. Elle résulte par présomption, et jusqu'à preuve contraire, du fait de la rétention de la personne dans la maison d'aliénés. Que si la personne ou ses représentants donnaient la preuve précise du défaut de raison au moment où l'acte a été souscrit, cet acte devrait, non plus être annulé, mais reconnu et proclamé inexistant, à quelque époque qu'on le critiquât; car un acte ne peut se former sans la volonté de celui qui le souscrit, et celui qui est actuellement fou n'a pas de volonté.

Sur la demande des parents, du conjoint, ou de la commission administrative de l'établissement, le tribunal du domicile de la personne pourra nommer un administrateur provisoire aux biens (art. 32). Les

dispositions du Code civil sur les causes qui dispensent de la tutelle, sur les incapacités, les exclusions ou les destitutions des tuteurs, sont applicables à l'administrateur provisoire, sur les biens duquel le tribunal peut constituer une hypothèque générale ou spéciale, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. Cette hypothèque, à la différence de celle des tuteurs, qui existe indépendamment de l'inscription, ne date que du jour de l'inscription, que le procureur impérial doit prendre dans le délai de quinzaine (art. 34).

S'il s'agit de plaider, soit en demandant, soit en défendant, la personne placée dans l'établissement d'aliénés est représentée par un mandataire spécial que désigne le tribunal (art. 33). Le ministère public doit toujours être entendu dans les affaires intéressant une telle personne (art. 40).

En outre de l'administrateur des biens et du mandataire *ad hoc* pour plaider, le tribunal peut, sur la demande de l'intéressé, d'un parent, d'un conjoint, d'un ami, ou sur la provocation du procureur impérial, nommer un curateur à la personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés, lequel devra veiller 1° à ce que les revenus soient employés à adoucir le sort de la personne et à accélérer sa guérison; 2° à ce que cette personne soit rendue à l'exercice de ses droits aussitôt que son état le permettra. Ce curateur, par une sage précaution, ne peut pas être choisi parmi les héritiers présomptifs de la personne (art. 38).

Si, un administrateur des biens n'ayant pas été nommé, la personne se trouvait intéressée dans des inventaires, comptes, partages ou liquidations, elle y serait représentée par un notaire commis par le président du tribunal (art. 36).

III. — Le préfet peut toujours ordonner la sortie immédiate des personnes placées dans l'établissement, soit que le placement ait eu lieu sur son ordre, soit qu'il ait été fait sur la demande de particuliers. (art. 16 et 20).

Le tribunal de la situation de l'établissement peut aussi ordonner la sortie immédiate, sur la demande de la personne elle-même, de son tuteur si elle est mineur, du curateur, de tout parent ou ami, de celui qui a demandé le placement ou du procureur impérial (art. 29).

Enfin, la personne doit cesser d'être retenue dès que les médecins de l'établissement la déclarent guérie (art. 13); et aussi quand la sortie est requise par l'une des personnes suivantes : — le curateur dont on a parlé plus haut; — le conjoint; — à défaut de conjoint, les ascendants; — à défaut d'ascendants, les descendants; — la personne qui a signé la demande d'admission; — toute personne à ce autorisée par le conseil de famille (art. 14).

LIVRE DEUXIÈME.

DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ.

337. La loi, après avoir traité *des Personnes* dans le livre précédent, nous présente dans celui-ci *les Droits* que ces personnes peuvent avoir sur les choses ou biens.

Pour cela, elle s'occupe tout d'abord *des Biens* eux-mêmes (tit. I); puis *de la Propriété,* droit le plus complet qu'une personne puisse avoir sur un bien (tit. II); enfin, des autres droits qu'on peut avoir sur une chose, c'est-à-dire des démembrements de la propriété (tit. III et IV).

Ainsi, l'intitulé exact et complet de notre livre serait : *Des biens, de la propriété et de ses modifications,* ce qui présente trois objets, tandis que la rubrique a le tort de n'en présenter que deux.

TITRE PREMIER.

DE LA DISTINCTION DES BIENS.

(Décrété le 25 janvier 1803. — Promulgué le 4 février.)

338. Les deux mots *Choses* et *Biens* ne sont pas synonymes : le premier est le genre; le second, une espèce. Tout ce qui existe dans la nature reçoit le nom de choses; tandis que le nom de biens ne se donne qu'à celles de ces choses qui sont de nature à procurer à une personne un avantage à elle propre et exclusif, et à tomber sous sa propriété. Ainsi le soleil et les différents astres, l'air et les vents sont des choses, mais ne sont pas des biens. Le droit ne s'occupant des choses que sous le rapport de leur utilité exclusive pour les personnes, c'est-à-dire en tant qu'elles peuvent tomber sous la propriété de celles-ci, c'est toujours dans ce sens restreint et comme synonyme de *biens* que le mot *choses* est employé par la loi ou par ses interprètes.

Notre titre envisage les biens sous deux rapports : 1° en eux-mêmes, dans l'article préliminaire et dans les chapitres I et II; 2° dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent, ce qui fait l'objet du chapitre III.

Il suit de là que la division de ce titre en un article préliminaire et trois chapitres n'est pas logique : les chapitres I et II auraient dû former les deux sections d'un seul chapitre commençant par l'article préliminaire, et intitulé : *Des Biens considérés en eux-mêmes ;* le chapitre III serait ainsi devenu le chapitre II.

516. — Tous les biens sont meubles ou immeubles.

339. Les biens sont corporels ou incorporels. Les biens corporels sont ceux qui tombent sous nos sens et se perçoivent par eux ; les biens incorporels sont ceux qui n'affectent pas les sens et ne se perçoivent que par l'intelligence, comme une rente, une créance, un usufruit, un droit de passage.

Les biens corporels sont meubles ou immeubles. Ils sont meubles, mobiles, mobiliers, quand, par leur propre force ou par une force étrangère, ils peuvent se mouvoir et aller d'un lieu à un autre : tels sont un animal, un vêtement, une pièce de monnaie ; ils sont immeubles quand ils consistent dans le sol ou sont inhérents à lui : tels sont les fonds de terre, les édifices, les arbres et plantes non séparés du sol.

Quant aux biens incorporels, ils ne sont ni meubles ni immeubles ; car n'ayant ni forme ni figure, et n'occupant aucune place dans l'espace, l'idée de déplacement, de transport d'un point à un autre, ne peut pas se présenter pour eux ; aucune idée de mouvement ne peut, pour eux, ni s'affirmer ni se nier. Toutefois, la loi, par sa force créatrice, leur attribue aussi une nature mobilière ou immobilière ; en sorte qu'il est vrai de dire, comme le fait notre article, que tous les biens, sans distinction, sont meubles ou immeubles.

CHAPITRE PREMIER.

DES IMMEUBLES.

517. — Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent.

340. Il y a trois classes d'immeubles : 1° les biens qui sont tels par leur nature même, c'est-à-dire qui sont réellement immobiles et hors d'état d'être transportés d'un lieu à un autre ; 2° ceux qui le deviennent par leur destination : ce sont des meubles, des objets conservant leur nature mobile, mais que la loi immobilise fictivement à cause de leur rapport intime avec un immeuble ; 3° les biens déclarés immeubles en considération de l'objet sur lequel ils frappent : ce sont des biens incorporels, des droits, frappant sur une chose corporelle immobilière. Ainsi, de ces trois classes, deux se composent de biens qui ne sont pas immeubles réellement, et qui n'acquièrent cette qualité que fictivement, juridiquement.

Le Code va s'occuper des vrais immeubles dans les art. 518-521 ; des meubles immobilisés fictivement dans les art. 522-525; puis des immeubles incorporels, ou droits immobiliers, dans l'art. 526.

La qualification d'*immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent,* donnée aux immeubles incorporels, laquelle était exacte lors de la confection du Code, se trouve aujourd'hui ne pas embrasser toute la troisième classe. Trois décrets, des 16 janvier 1808, 1er mars même année et 16 mars 1810, ayant permis d'immobiliser des droits qui s'appliquent à des meubles, il faut désormais, pour embrasser tous les immeubles incorporels ou droits immobiliers, dire que la troisième classe se compose d'immeubles rendus tels, non plus *par l'objet auquel ils s'appliquent,* mais d'une manière plus générale, *par la détermination de la loi ;* ou bien il faudrait distinguer une quatrième classe d'immeubles. (*Voy.* art. 526, n° VIII.)

518. — Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature.

341. Il n'y a de choses réellement immeubles que 1° le sol, qui l'est par lui-même, par sa nature originelle; 2° comme accessoires du sol et par une modification de leur nature première, toutes les choses inhérentes au sol, immédiatement ou médiatement. Un bâtiment resterait donc meuble, s'il était construit sans fondements ni pilotis, comme il arrive souvent pour des cérémonies publiques, pour des foires ou assemblées. C'est de constructions ordinaires, sur pilotis ou fondements, que notre article entend parler.

519. — Les moulins à vent ou à eau, fixes sur piliers et faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature.

SOMMAIRE.

I. Un moulin est immeuble par une seule des deux conditions indiquées dans l'article.

II. Le moulin, et en général tout édifice, est immeuble, par quelque personne qu'il soit construit. Erreur de Delvincourt.

I. — 342. Pour qu'un moulin soit immeuble, il n'est pas nécessaire, comme le ferait croire la rédaction de notre article prise à la lettre, qu'il soit fixé par des piliers et qu'en outre il fasse partie d'un bâtiment; une des deux circonstances suffit. Le moulin fixé par des piliers, étant dès lors inhérent au sol, est donc immeuble; de même, celui qui fait partie d'un bâtiment est immeuble, par cela seul, comme et avec ce bâtiment. Notre article signifie donc : « les moulins fixés sur piliers *et ceux* faisant partie d'un bâtiment. » L'art. 531 prouve d'ailleurs cette vérité, puisqu'il déclare qu'un moulin n'est meuble qu'autant qu'il n'est ni fixé par des piliers, ni construit comme partie de la maison.

II. — 343. En déclarant immeubles par leur nature même les moulins à vent simplement fixés par des piliers, le Code amène un changement aux anciens principes. Autrefois, l'union physique qui se réalise entre le moulin et le sol au moyen de la fixation par piliers ne paraissait pas assez forte pour devenir le principe de l'immobilisation; cette union physique n'était comptée pour rien, et si le moulin, dans ce cas, *quoiqu'il ne fût point attaché au sol,* devenait cependant immeuble, c'était uniquement quand (et parce que) il y était placé, intentionnellement, à perpétuelle demeure. Il suivait de là qu'il n'était pas immeuble quand il n'était placé que par un locataire ou un usufruitier, ceux-ci étant censés ne l'avoir mis que pour l'emporter à la fin du bail ou de l'usufruit; il fallait qu'il fût mis par le propriétaire (Pothier, *Communauté*, n°s 36 et 37).

Aujourd'hui que le moulin est déclaré immeuble par l'effet de son union physique avec le sol, immeuble *par sa nature,* il n'y a plus d'intention à apprécier, il n'y a plus à rechercher par quelle personne l'union a été réalisée; son immobilisation alors, comme celle de tout édifice, résulte, absolument et sans condition, de son accession réelle au sol : *Quod solo inædificatur, solo cedit* (1).

Delvincourt tombe donc dans une grave erreur quand il décide, sur la prétendue autorité de Pothier, qu'*un moulin* ou *tout autre édifice* est meuble quand il est *bâti* par un autre que le propriétaire du sol (note 4 de la page 140). Il y a là une double méprise. 1° Pothier n'a jamais enseigné une pareille doctrine: c'était parce que le moulin à vent était regardé comme n'étant *point attaché au sol,* qu'il restait meuble quand il était mis par un autre que le propriétaire (n° 36); quant à celui qui aurait été *bâti* sur le fonds, comme le suppose Delvincourt, et quant à tous autres *édifices construits* sur ce fonds, ils étaient immeubles absolument et toujours (n° 32); 2° la décision de Pothier, que Delvincourt a mal saisie, ne s'applique d'ailleurs plus sous le Code, ainsi qu'on vient de le voir au précédent alinéa (2).

344. Delvincourt donne pour raison de sa doctrine que le bâtiment n'étant immeuble que comme accessoire et partie du terrain, il s'ensuit qu'il ne peut appartenir, en qualité d'immeuble et tant qu'il n'est pas démoli, qu'au propriétaire de ce terrain.

Quand cette dernière idée serait vraie, il n'en faudrait pas conclure, comme le fait Delvincourt, que le bâtiment n'est immeuble qu'autant

---

(1) Les moulins simplement posés sur piliers, quoique n'y étant pas fixés, sont immeubles par nature. Cass., 12 mai 1834 (Dev., 34, I, 489; Dall., 34, I, 213). — Jugé en sens contraire au cas où le moulin n'adhère par aucune attache, alors surtout qu'il n'a pas été établi par un propriétaire sur son fonds, mais qu'il a été établi par un locataire qui pouvait le déplacer et l'enlever lors de l'expiration du bail. Cass., 19 avr. 1864 (Dev., 64, I, 286; Dall., 64, I, 178).

(2) Les constructions élevées par un tiers sur le terrain d'autrui, et spécialement par un locataire sur le terrain qui lui a été donné à bail, sont immeubles. Paris, 30 mai 1864 (Dev., 64, II, 266; *J. Pal.*, 64, 1155). Voy. *Privilèges et Hypothèques,* n°s 359 et 634. — Bien qu'il ait été convenu qu'elles seraient enlevées à l'expiration du bail. Rouen, 20 août 1859 (Dev., 59, II, 647; *J. Pal.*, 60, 585); Paris, 27 août 1864 (Dev., 64, II, 266).

qu'il est construit par le propriétaire du sol; car un bâtiment appartient de droit commun au propriétaire du sol, et par conséquent est immeuble, alors même qu'il est construit par un autre (art. 553 et 555). Mais cette idée, qu'un bâtiment n'est immeuble que quand il appartient au propriétaire du terrain, n'est pas même exacte. Qui m'empêche de vous vendre ma maison en me réservant la propriété du terrain qui la porte, et en stipulant que, quand cette maison tombera de vétusté, ou si elle vient à être détruite par accident, je reprendrai la jouissance de mon terrain?... Dans ce cas, vous serez propriétaire de la maison, moi je serai propriétaire du terrain qui la porte, et cette maison n'en sera pas moins un immeuble. C'est là une des espèces du contrat de superficie, peu usité aujourd'hui, mais très-fréquent dans le droit romain et dans notre ancienne jurisprudence. Rien ne m'empêche encore de vous concéder le droit de bâtir pour vous un étage sur ma maison, composée aujourd'hui d'un rez-de-chaussée, lequel continuera de m'appartenir : ce serait bizarre, mais ce ne serait pas illégal; la loi elle-même, dans l'art. 664, prévoit le cas d'une maison ainsi divisée par étages. Or, dans le premier cas, la maison que je vous ai vendue; dans le second, l'étage que vous avez bâti, sont évidemment immeubles, quoique le terrain ne vous appartienne pas; ce terrain reste ma propriété et se trouve frappé d'une servitude à votre profit. C'est ainsi que la mine ouverte dans mon terrain, et que le gouvernement vous concède (moyennant indemnité pour moi), n'en est pas moins un immeuble pour vous, quoiqu'elle soit une portion de mon sol, dans lequel et par lequel elle existe. (Loi du 21 avril 1810, art. 5, 6 et 8.) (1)

520. — Les récoltes pendantes par les racines, et les fruits des arbres non encore recueillis, sont pareillement immeubles.

Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meubles.

Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble.

521. — Les coupes ordinaires des bois taillis ou de futaies mises en coupes réglées, ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus.

SOMMAIRE.

I. Les produits de la terre sont immeubles avec elle.
II. Quand et comment ils deviennent meubles.

I. — 345. Tous les produits du sol, de quelque nature qu'ils soient; ainsi, les grains, les fruits, les légumes, les bois (2), tous les arbres,

(1) *Voy.* Cass., 15 déc. 1857 (Dev., 60, I, 536; Dall., 59, I, 366; *J. Pal.*, 59, 960); Cass., 13 nov. 1848, 15 janv. 1849 (Dev., 48, I, 682; 49, I, 207; Dall., 48, I, 245; 49, I, 74).

(2) Les bois se divisent en *taillis* et *futaies*; et parmi les futaies, les unes sont

plantes et arbustes; les houilles, pierres, métaux et autres substances que l'on extrait de la terre, sont tous immeubles tant qu'ils sont inhérents au sol : ils ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure qu'ils en sont séparés. C'est là une règle absolue et sans exception. Il y a, à la vérité, cette différence, que les produits que l'on extrait de la terre ont toujours été immeubles dans leur nature primitive, tandis que les arbres, grains, légumes, etc., ne le sont devenus qu'après avoir été meubles d'abord et en changeant de nature par leur inhérence au sol; mais tant que cette inhérence existe, soit qu'elle ait toujours existé, soit qu'elle ait commencé à tel moment par le travail de l'homme ou par l'effet du hasard, les choses sont immeubles, comme et avec la terre à laquelle elles tiennent.

Nos deux articles formulent expressément cette règle pour le cas qui aurait pu paraître le plus douteux, celui où il s'agit de produits pour lesquels le moment de la séparation est fixé d'avance. On aurait pu croire, dans ce cas, que les produits devaient être regardés comme meubles par la seule échéance du terme marqué pour la séparation, alors même que cette séparation ne serait pas encore réalisée. Il en était ainsi dans plusieurs coutumes. Quelquefois, même, les produits étaient censés meubles dès qu'ils paraissaient assez formés, et avant l'époque de la coupe. L'art. 141 de la Coutume d'Artois disait : « Bledz verdz et autres advestures jusques à mi-may sont réputez héritaiges ; et après, sont réputez catheux. » Réputés *catheux,* c'est-à-dire regardés comme déjà coupés, tombés, *caducs* et dès lors meubles. Nos articles déclarent qu'il en sera autrement, et que les produits du sol resteront immeubles avec lui, tant qu'ils n'en seront pas séparés.

II. — 346. Mais il faut, bien entendu, que les objets dont il s'agit soient vraiment inhérents au sol. Ainsi, par exemple, des arbustes en caisses resteraient meubles, alors même que ces caisses seraient mises en pleine terre; car, alors, ce n'est pas au sol que les arbustes tiennent, ce n'est pas dans le sol qu'ils se nourrissent. Ils ne pourraient alors devenir immeubles que par destination.

Bien plus, des arbres pourraient encore n'être que des meubles, quoique tenant véritablement au sol. Ainsi, les arbres d'une pépinière sont meubles; car ils ne sont là que momentanément, passagèrement et comme en dépôt. C'est dans le terrain où on les plantera avec volonté de les y laisser qu'ils deviendront immeubles, du moment même de la plantation ; alors seulement le sol et l'arbre feront un seul tout intentionnellement indivisible. Il est vrai que les arbres d'une pépinière sont

---

mises en coupes réglées, les autres ne le sont pas. On appelle taillis les bois destinés à être coupés, *taillés,* tout jeunes encore, à des époques périodiques, sans qu'on les laisse jamais grandir; les futaies, au contraire, sont des bois composés de grands arbres. Presque toujours, le terrain couvert d'un taillis porte aussi de grands arbres; de là l'usage d'appeler souvent les taillis *bois sous futaie.* Une futaie est mise en coupes réglées, ou *aménagée,* lorsque, à des époques périodiques (tous les dix ans, par exemple), on la coupe par parties, soit en prenant çà et là, sur toute l'étendue du terrain, telle fraction (un dixième) des arbres, soit en abattant à chaque fois tous les arbres d'une fraction du terrain.

immeubles quand ils sont mis là, non par un fermier, mais par le propriétaire même du fonds ; mais ce ne sont plus des immeubles par nature, ce sont des immeubles par destination, des meubles immobilisés d'après la règle de l'art. 524.

Nous avons vu objecter que des bois taillis, déclarés immeubles par nature, ne sont pas plus que les pépinières destinés à rester et grandir dans le sol ; que, dès lors, les uns et les autres doivent être mis sur la même ligne. Mais on perd de vue ici cette différence caractéristique et décisive, que dans la coupe d'un taillis on laisse les racines, les souches, qui demeurent là, intentionnellement inséparables du fonds ; tandis que l'arbre de la pépinière est enlevé à la terre tout entier et pour s'unir, toujours comme arbre, à un autre terrain, en sorte que la pépinière ne l'avait vraiment qu'en dépôt. — Et maintenant, entre ces arbres de pépinières, et des fruits, des récoltes ou de grands arbres (objets qui, après la séparation, ne se reproduisent plus comme se reproduit le taillis), il y a cette autre différence, également décisive, que ces derniers objets ne sont enlevés au sol que quand la séparation est commandée par la nature même des choses, et dans un moment où toute union nouvelle avec une autre partie du sol est impossible : on ne peut donc pas dire alors qu'il y ait simple dépôt, union passagère. L'inhérence au sol a été aussi perpétuelle que l'ordre des choses le permettait, ce qui n'a pas lieu pour les arbres de la pépinière.

Enfin, dans le cas même d'inhérence parfaite et perpétuelle au sol, les produits peuvent encore se trouver meubles dans un certain sens. Ainsi, quand des grains, fruits ou bois sont vendus séparément du sol, c'est là une vente de meubles, et l'acheteur n'a qu'un droit mobilier. Ces objets, en effet, ne sont vendus que comme produits, comme choses distinctes du sol, et en tant que devant être séparées de lui ; dans la réalité, ils sont immeubles, mais ils sont cependant vendus comme meubles : l'acheteur achète des choses encore immeubles, mais *sous la condition et avec le droit* de les mobiliser (Cassat., 19 vendém. an 14, 25 févr. 1812, 5 oct. 1813, 24 mai 1815, etc.).

Si donc, après la vente faite et constatée par un acte ayant date certaine, des créanciers du propriétaire vendeur viennent saisir l'immeuble, ils ne pourront pas plus s'opposer à l'exercice du droit de l'acheteur qu'ils ne pourraient s'opposer à l'exécution d'un bail ; ils pourraient seulement, si le prix était encore dû en tout ou en partie, postérieurement à la transcription de la saisie sur les registres du conservateur, en faire la saisie-arrêt entre les mains de l'acheteur pour se le partager, comme immobilisé, et par ordre d'hypothèque. (*Voy.* article 685 du Code de procéd., revisé par la loi du 2 juin 1841.) — Si l'acte de vente n'avait pas une date certaine antérieure au commandement de payer fait au propriétaire débiteur par les créanciers, ceux-ci pourraient faire annuler la vente (art. 684, *ibid.*).

Les créanciers du propriétaire d'un immeuble peuvent de même saisir séparément du fonds, et comme meubles dès lors, les produits de cet immeuble ; cette saisie, qui contient aussi en elle la condition et

le droit de mobiliser les produits en les coupant, s'appelle *saisie-brandon*. (*Voy.* C. pr., art. 626 et suiv.)

522. — Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention.

Ceux qu'il donne à cheptel à d'autres qu'au fermier ou métayer, sont meubles.

347. Cet article et les trois suivants traitent des immeubles par destination, c'est-à-dire de meubles qui, sans faire partie constitutive d'un immeuble (cas où ils seraient eux-mêmes immeubles par leur nature), sont destinés à rester perpétuellement unis à lui. Voyons, avant d'expliquer cette classe d'immeubles, le texte des différents articles qui s'en occupent.

523. — Les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage, sont immeubles et font partie du fonds auquel ils sont attachés.

524. — Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination.

Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds,

Les animaux attachés à la culture;

Les ustensiles aratoires;

Les semences données aux fermiers ou colons partiaires;

Les pigeons des colombiers;

Les lapins des garennes;

Les ruches à miel;

Les poissons des étangs;

Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes;

Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines;

Les pailles et engrais.

Sont aussi immeubles par destination, tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure.

525. — Le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés.

Les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle de-

meure, lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie.

Il en est de même des tableaux et autres ornements.

Quant aux statues, elles sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration.

SOMMAIRE.

I. Règle distinctive des immeubles par nature et des immeubles par destination. — Critique des art. 523-525.
II. Suite.
III. Suite et fin.
IV. Quelles choses sont immeubles par destination. Il y en a deux classes.

I. — 348. Les quatre art. 522 à 525 ont pour but d'expliquer quelles choses sont immeubles par destination. Mais rien, selon nous, n'est moins logique, moins exact que leurs dispositions prises à la lettre; et il nous paraît impossible d'arriver à rien de satisfaisant pour l'esprit, sans s'écarter des textes obscurs, pénibles et contradictoires de cette partie de notre titre.

Il est vrai que les divers interprètes du Code, Delvincourt, M. Demante, M. Duranton, M. Zachariæ, ont accepté ces textes sans les critiquer; mais nous ne saurions suivre ces auteurs, et nous nous trouvons forcé d'abandonner et la loi et les commentaires qu'ils en ont donnés. Le lecteur jugera entre eux et nous. Quant à Toullier, on chercherait en vain des développements dans son ouvrage; les *six pages* qu'il consacre au *chapitre entier* ne peuvent pas s'appeler une explication (III, n°s 10-17); et les quelques notes que vient d'y ajouter M. Duvergier sont malheureusement loin d'être complètes.

349. Remarquons tout d'abord qu'il eût été plus logique et plus vrai d'appeler les choses dont il s'agit ici *immeubles par accession*. Dans tous les cas où des choses mobilières se trouvent immobilisées, c'est qu'elles se trouvent être l'accessoire d'un immeuble; et on ne peut pas dire de même que, dans tous les cas, la chose mobilière ait été *destinée* à s'unir à l'immeuble. — Quand un pigeon du colombier voisin vient avec mes pigeons s'habituer dans mon colombier, c'est par *accession* et en vertu de la règle *Accessorium sequitur principale* qu'il devient mien et se trouve être immeuble avec mon colombier (art. 546 et 564). Il est clair que ce n'est pas par *destination,* car personne n'avait destiné ce pigeon à mon colombier. Tout ce qu'on pourrait dire, dans ce cas et autres semblables, pour expliquer l'expression impropre de la loi, c'est que si le pigeon n'a pas été destiné au colombier, le colombier, lui, était destiné, jusqu'à un certain point, à recevoir les pigeons qui viendraient s'y adonner; mais on comprend ce qu'il y a d'illogique et d'obscur à faire ainsi tomber la destination, prise pour principe de l'immobilisation, tantôt *sur les choses mobilières* destinées à s'unir à

l'immeuble, et tantôt *sur l'immeuble* destiné à recevoir les choses mobilières.

Que dire ensuite de cette prétendue règle de l'art. 524 (alin. 1, 2 et dern.), que pour devenir immeubles par destination, c'est-à-dire par accession, les objets mobiliers doivent avoir été placés par le propriétaire?... Que ma garenne, entièrement dépeuplée depuis quelques années, se trouve repeuplée par des lapins de garennes voisines ; que mon étang, qui n'était et qui peut-être n'avait jamais été empoissonné, se trouve peuplé par quelques poissons qu'un enfant y a jetés en jouant et qui se sont multipliés, est-ce que ces lapins et ces poissons ne seront pas immeubles comme accessoires du fonds?... Ce n'est cependant pas moi, propriétaire, qui les ai mis là!

Maintenant, et à part ces deux premiers vices, voyons quelle serait, d'après le texte du Code, la ligne de démarcation entre les immeubles par nature et les immeubles par destination : nous croyons qu'elle serait *impossible* à trouver. Mais avant de voir ce qu'ont fait à cet égard les rédacteurs, voyons ce que commandent la raison et la force des choses.

II. — 350. Deux divisions, toutes deux logiques et parfaitement saisissables, s'offraient tout naturellement pour distinguer nos deux classes d'immeubles; les rédacteurs ont abandonné l'une et l'autre, pour se jeter dans l'absurde. Voyons ces deux systèmes.

1er *système*. — A parler exactement, il n'y a d'immeuble par sa nature propre, par soi-même, que le sol. Les édifices qu'élève la main de l'homme ne sont immeubles que *par destination*. Cette argile et ces quelques pièces de bois qui vont former une chaumière; ces blocs de pierre ou de marbre dont vous allez faire un palais, ce sont des meubles; c'est votre volonté, c'est la *destination* que vous leur donnez qui va les immobiliser. Il est si vrai que vos matériaux ne sont pas et ne peuvent jamais être immeubles par eux-mêmes, que si vous n'attachiez pas votre construction au sol, si vous éleviez votre maison sans fondements ni pilotis, elle ne serait pas plus immeuble après l'assemblage des matériaux que ces matériaux isolés ne l'étaient auparavant; ce serait un meuble plus considérable, comme le vaisseau de ligne n'est qu'un meuble. C'est comme tenant au sol, et en tant qu'il devient l'accessoire du sol, que votre bâtiment se trouve immeuble : *Quod solo inædificatur, solo cedit* (Instit., lib. II, tit. I). De même, les arbres, arbustes, plantes et semences quelconques ne sont immeubles que par leur inhérence au sol et comme accessoire du sol : *Quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur* (*ibid.*).

Ainsi, le premier système qui se présentait, c'était d'appeler immeubles par nature les fonds de terre seulement; puis, immeubles par destination toutes les choses mobilisées par accession.

2e *système*.—Toutefois, puisque les constructions et plantations, par leur accession au sol, deviennent, réellement et dans le fait, immobiles comme et avec le sol lui-même; puisque la destination qu'on leur a

donnée a transformé leur nature mobilière en une nature immobilière, il valait mieux les reconnaître immeubles par nature, comme le font les art. 518-521. Mais, bien entendu, ce ne seront pas seulement telles parties d'une maison, plus solides ou plus importantes que les autres, qui seront immeubles par nature, ce sera la *maison* dans toutes ses parties, dans tout son ensemble; la maison, inhérente au sol et immobilisée par lui, immobilisera tout ce qui sera inhérent à elle. Ainsi, les portes et fenêtres avec leurs serrures, crochets, verrous, targettes, etc.; des marqueteries de marbre ou de bois incrustées dans les murs ou les planchers; les chambranles de cheminée; un bois de bibliothèque faisant corps avec le lambris de l'appartement; des cuves, tonnes, chaudières scellées en maçonnerie, et toutes autres choses unies *réellement et physiquement* à l'héritage, à perpétuelle demeure, seront immeubles par nature. — Dans ce second système, seront immeubles par nature toutes choses *physiquement unies à perpétuité* à l'héritage immeuble. Les immeubles par simple destination seront les choses qui ont avec l'immeuble une union purement morale et intentionnelle, et qui restent mobiles dans le fait.

Ces idées sont on ne peut plus simples, et il est facile d'en faire sentir la justesse en deux mots. En effet, les objets qui par eux-mêmes sont mobiliers ne peuvent devenir immeubles que par leur accession à un immeuble, par une union intentionnellement perpétuelle avec cet immeuble; or, cette accession peut être physique ou seulement morale. Mais puisque cette accession est le principe et la cause efficiente de l'immobilisation, il s'ensuit que, quand elle est physique et réelle, l'objet devient réellement immeuble; quand, au contraire, l'accession n'est que morale, intellectuelle, fictive, l'objet n'est immobilisé qu'intellectuellement et fictivement. Il faut donc reconnaître comme immeubles par nature, tous les objets physiquement attachés à un fonds à perpétuelle demeure.

Ces deux systèmes différents ont leurs bases dans la nature même des choses... C'est la perpétuité au moins intentionnelle de l'accession au sol qui immobilise un objet mobilier : alors même que l'accession est réelle, physique, si elle n'est pas faite dans un but de perpétuité, la chose unie reste meuble (par exemple, les plaques de cuivre scellées au-dessus d'une porte pour indiquer une étude de notaire, ou encore l'enseigne fixée à clous par un marchand pour indiquer sa profession, continuent certainement d'être des objets mobiliers; dans de telles circonstances, l'objet est immobile par le fait, mais il est mobile intentionnellement et par la destination). — On peut donc définir l'immeuble véritable, toute chose qui se trouve *actuellement*, et qui doit rester *perpétuellement*, hors d'état d'être mue et transportée d'un lieu à un autre.

Or, une chose peut réunir cette double condition par deux causes : 1° par sa nature première et originelle (les fonds de terre); 2° par le travail et la destination de l'homme, qui, en fixant la chose au sol à perpétuité, immédiatement ou médiatement, l'a rendue vraiment immo-

bile, de mobile qu'elle était d'abord, et a changé ainsi sa nature par l'effet de la puissance que Dieu lui a donnée sur la matière. Si maintenant à ces deux classes de choses, formant les immeubles vrais, on ajoute les choses qui ne sont immeubles que par la pensée et dans l'intention, tout en restant mobiles en fait, on pourra dire que les diverses choses corporelles sont immeubles, ou 1° par leur seule nature, ou 2° par leur destination et leur nature (transformée), ou 3° par leur destination seulement.

C'est parce que la seconde de ces trois classes comprend des choses qui sont immeubles et par destination et par nature tout ensemble, que l'on pouvait, au choix, ranger ces choses dans les immeubles par nature ou dans les immeubles par destination. Toutefois, puisque ces choses sont désormais immobiles et d'intention et de fait, il était mieux de les accepter avec cette nature nouvelle et de les déclarer immeubles par nature, comme le fait le Code dans les art. 518-521.

350 *bis*. Ce second système, qu'il fallait évidemment adopter pleinement et sans réserve, est aussi celui dont le Code se rapproche le plus; mais, après en avoir posé le principe dans l'art. 518, il en répudie les conséquences dans les art. 523 et 525. — Ainsi, d'après l'article 518, ma maison est immeuble par nature, et elle l'est dans toutes ses parties apparemment, car une partie n'est pas d'une autre nature que le tout : or, les gouttières sont une partie de la maison (c'est l'article 523 qui le dit lui-même); donc mes gouttières sont immeubles par nature, d'après l'art. 518. Mais, plus bas, l'art. 523 vient me dire, par la place qu'il occupe, que mes gouttières ne sont immeubles que par destination.

La même contradiction existe, et présentée plus formellement, dans le *Programme* de M. Demante. Le savant professeur dit, comme nous le faisons nous-même : « Les immeubles par destination sont des objets mobiliers qui, *sans tenir réellement au fonds,* sont destinés à y rester perpétuellement attachés pour son service, son exploitation, etc. » (I, n° 519) ; puis, plus bas (n° 521), il déclare ne pas hésiter « à ranger dans cette catégorie les tuyaux servant à la conduite des eaux. » Est-ce donc que mes gouttières, les tuyaux de zinc, de plomb ou de fonte, fixés et scellés à fer, à plâtre et à ciment au toit et aux pierres de ma maison, *ne tiennent pas réellement* à cette maison?... Est-ce qu'il n'y a entre eux qu'un lien moral et intellectuel?...

Et puisque l'art. 518 reconnaît et consacre la nature immobilière que l'homme imprime aux objets mobiliers en les rendant inhérents au sol, il s'ensuit qu'il faut accepter comme immeubles par nature tous les objets fixés de manière à ne faire qu'un seul corps avec ce sol, soit immédiatement par leur union directe avec lui-même, soit médiatement par leur incorporation aux bâtiments qui lui sont unis. Or voilà que nos art. 524, dernier alinéa, et 525, alinéa 1, déclarent tous ces objets immeubles par simple destination, alors même qu'ils sont fortement scellés, et qu'on ne pourrait les détacher qu'avec détérioration et fracture!... Ainsi, ces fourneaux, cuves, chaudières, etc., que j'ai ma-

çonnés sur le sol ou enfoncés et scellés dans la terre, en même temps que j'élevais le léger bâtiment qui les couvre et qui n'est que leur accessoire; ces objets qui constituent ma brasserie, ma raffinerie ou mon atelier de teinture, et qui sont peut-être plus fortement attachés à la terre que le bâtiment lui-même, tous ces objets ne seraient immeubles que par l'intention, que par la destination, que fictivement; et le bâtiment, qui n'est que leur accessoire, serait immeuble par nature!... Ma maison, me dit l'art. 518, est immeuble par nature; mais voyez... les ardoises de mon toit, les chevrons qui les soutiennent, les feuilles de plomb ou de zinc qui les accompagnent, les gouttières qui bordent ce toit; puis les glaces dont le parquet fait corps avec la boiserie, cette boiserie elle-même, tout le lambris de mes appartements; les parquets ou les pavés sur lesquels je marche, et les chambranles de mes cheminées, et les balcons, et les fourneaux et chaudières de ma buanderie, et les rampes de mes escaliers, etc., etc., toutes ces choses, si on applique l'alinéa 1 de l'art. 525, ne sont immeubles que par destination; car ces choses ne sont fixées que par quelques pointes, chevilles ou vis, ou scellées à plâtre ou ciment, et on peut très-bien les enlever au moyen de quelques fractures..... Et pourquoi donc mes tuyaux de gouttières, mes lambris et les glaces faisant corps avec eux, mes rampes et balcons, mes chambranles, mes fourneaux et cuves scellées de buanderie, etc., ne seront-ils pas immeubles par nature? Est-ce qu'ils ne font pas partie de ma maison? Est-ce qu'ils ne sont pas *immobiles par l'intention,* puisqu'ils sont mis à perpétuelle demeure; puis *immobiles par le fait,* puisqu'ils ne peuvent plus aller et venir d'un point à un autre?

Quoi que dise le Code, force est bien de choisir entre ces deux idées : ou bien 1° l'immobilisation que l'homme imprime d'intention et de fait aux choses d'abord mobiles, ne rend ces choses immeubles que par destination, et les laisse meubles par nature (mais alors les solives, les poutres, les briques, les pierres ne sont que des immeubles par destination, et le principe de l'art. 518 disparaît); ou bien 2° cette immobilisation de fait et d'intention (c'est-à-dire celle qui rend l'objet immobile réellement et à perpétuité) fait cesser la nature première de cet objet et le rend immeuble par sa nature actuelle (mais alors l'art. 518, en devenant vrai, rend complétement faux l'art. 523 et l'alinéa 1 de l'art. 525).

III. — 351. C'est évidemment à cette seconde idée qu'il faut s'en tenir, d'abord parce qu'elle est plus conforme à la réalité, puis aussi parce qu'elle est proclamée comme principe fondamental dans l'article 518, tandis que les art. 523, 524, alinéa dernier, et 525, alinéa 1, ne sont que des détails, des explications dont on ne peut pas tenir compte, et dans lesquels la contradiction à ce principe n'a pu se trouver écrite que par irréflexion et sans dessein.

Nous disons sans dessein; car si les glaces faisant corps avec la boiserie, les tuyaux, les cuves fixées à maçonnerie et tous les différents objets scellés ou ne pouvant être enlevés sans détérioration ou frac-

ture ont été rangés par les rédacteurs du Code dans la classe des immeubles par simple destination, c'est qu'on avait lu dans Pothier que ces différentes choses n'étaient pas immeubles par elles-mêmes et à proprement parler, qu'elles étaient seulement censées faire partie du fonds.

Mais en lisant l'ensemble des explications données par Pothier sur cette matière (*Traité de la communauté,* n°s 32 à 61), on voit qu'il met absolument sur la même ligne, sans distinction ni division aucune, toutes les choses qui ne sont pas immeubles par leur nature primitive, et qui ne le deviennent que par accession ; il les range toutes dans la même classe, depuis les pigeons du colombier jusqu'au château lui-même. — Ainsi, les lapins de garenne, les pigeons, etc., sont immeubles parce qu'*ils font partie* de nos terres (n° 45) ; les chambranles de cheminée, la plaque de fonte du foyer, la glace faisant corps avec les autres ornements du mur, le parquet de la chambre, les chaudières enfoncées et scellées en terre, etc., etc., sont immeubles comme *faisant partie* de la maison (52-59) ; la maison elle-même n'est immeuble que parce qu'*elle fait partie du fonds* sur lequel elle est construite (32) ; les semences jetées en terre, les arbres, arbustes, etc., sont également immeubles, parce qu'*ils font partie de la terre* (33 et 34). — Donc, si on veut trouver dans Pothier une division des choses immobilières (division qu'il ne présente pas, parce qu'il savait qu'elle était insignifiante, comme nous le dirons à l'alinéa suivant), cette division consisterait à ne reconnaître pour immeubles *par nature* que les fonds de terre, et à ranger tout le reste dans les immeubles *par accession,* ou, pour parler le langage du Code, *par destination.* C'est donc parce qu'on a mal saisi l'ensemble des idées de Pothier, qu'après avoir qualifié les bâtiments d'immeubles par nature, le Code appelle ensuite immeubles par destination (c'est-à-dire par accession) des choses qui sont nécessairement sur la même ligne. Du moment qu'on s'écarte de Pothier pour appeler *immeubles par nature* certains meubles immobiliers par accession, force est bien de donner ce nom à tous les meubles immobilisés réellement ; les meubles immobilisés fictivement, ceux dont l'accession n'est qu'intellectuelle, sont les seuls, dans ce système, qu'on puisse dire immeubles par simple destination. Le Code lui-même nous présentera au titre suivant une nouvelle justification de cette théorie (art. 564, n° II).

351 *bis.* Au reste, c'est plutôt pour la rectitude des idées que pour l'utilité pratique que nous avons présenté cette critique de nos articles. En effet, du moment qu'il est entendu qu'une chose est immeuble, il importe peu de savoir si elle l'est par nature ou par destination seulement : tous les immeubles suivent des règles identiques, et la seule distinction qui ait de l'importance en fait, c'est celle des choses mobilières et immobilières. Il est bien vrai que la plupart des auteurs (Delvincourt; M. Demante, I, 523 ; M. Duranton, IV, 15) croient voir une différence importante entre les immeubles par nature et les immeubles par destination : c'est que ces derniers, si on les détache du

fonds, redeviendront meubles, et ne pourront plus dès lors être suivis entre les mains des tiers par le créancier ayant hypothèque sur le fonds lui-même (art. 2219). Mais ceci n'a pas lieu seulement pour les immeubles par destination. Ainsi, ces riches lambris, cette futaie, ces colonnes de marbre faisant partie d'un édifice, ces minéraux formant le corps même du sol, que mon débiteur sépare de son fonds et livre à un tiers, échapperont évidemment à mon action hypothécaire, quoique avant leur séparation ils fussent assurément immeubles par leur nature même.

IV. — 352. D'après ce qui vient d'être dit, les immeubles par destination sont toutes les choses qui se trouvent, à perpétuelle demeure, en rapport intime avec un fonds, sans lui être unies physiquement.

Ce but de perpétuité, indispensable à l'immobilisation de l'objet uni, résulte quelquefois de la force des choses et de la nature même du rapport établi entre le fonds et cet objet; il importe peu alors par quelle cause l'union s'est réalisée. Le plus souvent, au contraire, c'est par l'intention de la personne qui a placé les objets que la perpétuité doit s'apprécier; dans ce cas, il faut que les objets aient été placés par le propriétaire lui-même ou par celui qui était réputé tel.

Et, en effet, quand l'union émane d'un locataire, d'un usufruitier ou de toute autre personne qui n'a elle-même avec l'immeuble qu'un rapport *accidentel,* il est bien impossible de voir là le caractère de *perpétuité* voulu par la loi comme par la raison (1).

M. Duranton a donc tort, selon nous, de regarder comme immobilisés les objets moralement unis au fonds par un usufruitier ou un emphytéote (IV, 59); et sa doctrine nous paraît contraire à l'esprit comme au texte de nos art. 522 et 524. Le tiers possesseur, qu'il met en troisième sur la même ligne, est le seul qui doive y être maintenu. Celui-ci, en effet, se croit propriétaire, se dit propriétaire et agit en propriétaire; on peut dire qu'il est propriétaire tant que l'erreur n'est pas reconnue, et il le devient réellement s'il prescrit. L'usufruitier ni l'emphytéote ne peuvent jamais se dire, ni se croire, ni devenir propriétaires; ils ne peuvent jamais agir comme tels. On ne peut donc pas leur supposer l'intention d'attacher un objet au fonds à perpétuelle demeure. Pothier, que M. Duranton cite en note pour confirmer son opinion, enseigne précisément le contraire en termes formels (n° 37).

353. Ainsi donc, la chose mobilière qui devient l'accessoire d'un fonds se trouve immobilisée, tantôt par le fait seul de son accession, tantôt sous la condition d'être placée là par le propriétaire du fonds.

1° Sont immeubles par destination, absolument et sans aucune condition : — les titres de propriété de l'immeuble; — les clefs des bâtiments; — les échalas d'un vignoble (dans ces deux cas, si c'est le locataire qui a mis de ses deniers les clefs ou les échalas, il n'a pas pour cela le droit de les enlever; il peut seulement se faire indemniser par

(1) *Conf.* Grenoble, 20 fév. 1843 (Dev., 43, II, 11).

le propriétaire); — les pigeons des colombiers, les poissons des étangs, les lapins des garennes et tout gibier enfermé dans un parc. En effet, ces différents animaux conservant alors leur liberté naturelle, on ne peut pas dire qu'ils soient par eux-mêmes et directement sous la possession du maître; celui-ci ne possède pas des pigeons, mais seulement un colombier peuplé de pigeons. Les animaux ne lui appartiennent que comme dépendance du fonds qu'ils occupent; en sorte que leur ensemble devient l'accessoire et une partie de ce fonds : ils ne lui appartiendront *per se* et comme objet direct de son droit de propriété qu'à mesure qu'ils seront saisis, et alors ils seront meubles. Au contraire, les pigeons de volière, les poissons de vivier et les lapins de clapier, n'ayant plus leur liberté naturelle, se trouvent *per se* et directement l'objet de notre possession; ce sont donc des meubles que le propriétaire possède dans ce cas.

2° Sont également immeubles par destination, mais seulement quand ils sont mis sur le fonds par le propriétaire : — les animaux directement attachés à la culture, c'est-à-dire les chevaux ou bœufs servant aux labours, charriages, etc. (art. 524, alin. 3); — les animaux servant médiatement à cette culture, c'est-à-dire les différents bestiaux dont l'éducation est un auxiliaire si puissant pour l'exploitation des terres (art. 522) : quand ces bestiaux sont livrés à un locataire, il importe peu qu'il y en ait eu ou non estimation; cette estimation n'aurait pour effet que de constater la valeur du bétail, et n'en transporterait nullement la propriété au locataire (art. 522, 1705, 1822 et 1830 (1); — les pailles et autres engrais destinés à rester sur le fonds : des pailles et engrais qui seraient l'objet d'un commerce seraient toujours meubles; — les semences conservées sur la ferme pour son besoin, tant qu'elles ne sont pas jetées en terre (2), et aussi les arbres d'une pépinière, destinés également aux besoins du fonds, et tant qu'ils ne sont pas transplantés dans un lieu où ils doivent rester : quand une fois les semences sont jetées ou les arbres plantés définitivement, ils deviennent immeubles par nature (art. 520 et 521); — les ustensiles aratoires; — les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes servant à faire les cidres et vins, lorsqu'ils ne sont ni scellés, ni montés, de manière à être inhérents aux bâtiments (3) : si les cuves, tonnes, etc., étaient scellées, elles seraient immeubles par nature; il

---

(1) Tout contrat par lequel on livre des animaux à une personne pour qu'elle les soigne et fasse fructifier s'appelle *bail à cheptel* (de *caput*, tête, animal), ou seulement *cheptel;* on appelle aussi cheptel le troupeau lui-même. Pour que le cheptel, le troupeau ainsi donné, soit immeuble, il faut que le propriétaire le donne à son propre locataire; puisque, s'il le donnait à un autre, le troupeau ne serait pas attaché à son fonds.

Le locataire d'un bien rural se nomme tantôt *fermier*, tantôt *colon partiaire* ou *métayer*. Le fermier est celui qui paye ses loyers en argent; le colon partiaire est celui qui cultive moyennant un partage des récoltes; le métayer est proprement le colon qui doit ce partage par moitié, par *mitoyenneté;* mais comme ce partage par moitié est le plus fréquent, on emploie ordinairement *métayer* comme synonyme de *colon partiaire*.

(2) *Voy.* Lyon, 29 juill. 1848 (Dev., 49, II, 366; Dall., 49, II, 163).

(3) *Voy.* Caen, 18 nov. 1863 (Dev., 64, II, 201).

en serait de même des grands pressoirs à arbres ou roues ne faisant qu'un avec la cage du bâtiment; — les cuves, chaudières, tonnes, presses, fourneaux, métiers et autres objets servant à l'exploitation des filatures, papeteries, forges, brasseries, teintureries et autres usines; — les chevaux, agrès, outils et ustensiles servant à l'exploitation, c'est-à-dire au travail intérieur des mines; — les machines et décors d'un théâtre (1); — les pompes à incendie attachées à un établissement en vue des sinistres auxquels il est exposé; — les râteliers d'une écurie, le couvercle d'un puits, les volets non fixés formant la fermeture d'une boutique, salle, etc.; — les statues simplement posées sur un piédestal scellé ou dans une niche pratiquée pour les recevoir : si elles étaient scellées elles-mêmes, elles seraient immeubles par nature; — les oignons de fleurs, les arbustes en caisse et les diverses plantes de serre ou d'orangerie, conservés pour l'ornement et l'entretien d'un jardin; — le bateau exclusivement destiné au passage des habitants d'une maison située sur le bord d'une rivière; — en un mot, les objets mobiliers mis, pour toujours *et par le propriétaire,* sur un fonds, pour son exploitation, son avantage ou son ornement.

354. Au reste, quand on dit que ces objets doivent être mis par le propriétaire, ceci signifie, bien entendu, par le propriétaire ou en son nom. Ainsi, par exemple, que le troupeau livré par le propriétaire à son fermier périsse en entier et soit remplacé par celui-ci; comme c'est en vertu de l'obligation à lui imposée que ce dernier a placé ce troupeau sur la ferme (art. 1825), qu'il l'a fait au nom du propriétaire, auquel le nouveau troupeau appartient comme l'ancien lui appartenait, il est clair que ce troupeau est immeuble par destination comme l'était le précédent. Que si, au contraire, le propriétaire vendait à son fermier le troupeau qu'il lui avait d'abord livré à cheptel, ce troupeau, n'étant plus sur le fonds à perpétuelle demeure, et devant être enlevé à la fin du bail par le fermier, auquel il appartient, deviendrait un bien mobilier.

Et, bien entendu, cette seconde espèce d'immobilisation par destination n'a lieu que pour les choses mises sur un fonds par son propriétaire, *ayant le droit de les y mettre.* On comprend, du reste, que la loi ne pourrait pas sanctionner la volonté de celui qui me volerait mes chevaux, mes moutons, mes pailles, les conduirait chez son fermier, et viendrait me dire ensuite qu'ils sont bien à lui, attendu qu'il les a placés sur son fonds à perpétuelle demeure! Quand l'immobilisation tient à la force même des choses, comme dans le cas d'une construc-

(1) Une décision du ministre des finances, du 4 mars 1806, veut que ces machines et décors ne soient jamais considérés que comme meubles pour l'acquittement des droits d'enregistrement : c'est une faveur exceptionnelle que le fisc veut bien accorder. Mais il faut bien se garder d'en conclure, comme l'ont fait plusieurs auteurs, que ces objets doivent être déclarés meubles absolument et dans tous les cas; car ce serait une violation flagrante du principe de nos articles, et un ministre ne peut pas abroger la loi. Cette décision ne peut donc avoir de valeur que comme exception favorable en ce qui touche les droits fiscaux, et les objets dont il s'agit (pourvu, bien entendu, qu'ils appartiennent au propriétaire du théâtre) restent immeubles par destination.

tion que vous faites sur votre terrain avec les matériaux d'autrui, ou de pigeons, lapins, poissons, etc., que vous m'avez pris pour les mêler aux vôtres dans votre colombier, votre garenne, votre étang, il faut bien accepter cette immobilisation avec ses conséquences (sauf indemnité, bien entendu); mais quand l'immobilisation gît uniquement dans l'intention, dans votre volonté, il est bien clair que vous ne pouvez l'imprimer qu'aux choses qui vous appartiennent.

526. — Sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent,
L'usufruit des choses immobilières;
Les servitudes ou services fonciers;
Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.

SOMMAIRE.

I. Cet article immobilise deux espèces de droits : 1° ceux qui sont des démembrements de la propriété d'un immeuble; 2° ceux qui doivent produire la propriété d'un immeuble, ou un démembrement de cette propriété.
II. *Première espèce.* Elle comprend les droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et d'emphytéose, puis les servitudes réelles.
III. Observations sur l'emphytéose et les contrats analogues.
IV. Elle ne comprend pas l'hypothèque, laquelle n'est pas un *jus in re*. Explication de la nature de l'hypothèque, réfutation des auteurs.
V. Elle ne comprend pas non plus le droit d'un locataire d'immeubles. Réfutation de la doctrine de M. Troplong.
VI. Pourquoi le droit de *propriété* n'est pas mis dans les biens immeubles par leur objet.
VII. *Deuxième espèce.* Mauvaise rédaction du dernier alinéa de l'article. Critique de la théorie de M. Demante.
VIII. Ce que c'est que l'objet d'un droit.
IX. Droits immobiliers ayant pour objet des meubles.

I. — 355. Cet article nous indique, mais d'une manière incomplète et peu logique, les immeubles de la troisième et dernière classe. Ce sont, ainsi qu'on l'a dit déjà, des biens qui ne sont par eux-mêmes ni immeubles ni meubles (puisqu'ils sont incorporels et sans existence physique), mais auxquels la loi attribue fictivement la première de ces qualités. Ce sont des *droits* déclarés immobiliers.

Les biens incorporels ou droits (1) composant cette troisième classe sont : 1° les droits existants sur un immeuble et formant des démembrements de sa propriété (*jura in re, immobili*); 2° les droits ayant

(1) Tout bien incorporel est un droit, et réciproquement tout droit est un bien incorporel. Par là même, tout droit est également une chose incorporelle; mais ici la réciproque n'est plus vraie : le mot *chose*, ainsi qu'on l'a vu plus haut, étant plus large que le mot *bien*, on ne peut pas dire que toute chose incorporelle soit un droit.

Il est vraiment banal de dire qu'un droit est toujours incorporel, et l'on ne s'explique que par un moment d'inadvertance chez les rédacteurs de les voir parler *des créances et autres droits... incorporels*, comme s'il y avait aussi des droits corporels (rubrique du chap. VIII du titre *De la Vente*). Mais ce qu'on ne s'explique pas, ce qu'on trouve encore incroyable après l'avoir lu, c'est qu'un auteur ait pu prendre au sérieux cette expression, et ait écrit un article *ex professo* pour expliquer quels droits sont incorporels!!! (*Dictionnaire de législation*, par M. de Chabrol, v° Droits incorporels.)

pour objet l'obtention de la propriété d'un immeuble ou d'un démembrement de cette propriété (*jura ad rem, immobilem*).

Expliquons séparément ces deux espèces de droits immobiliers.

II. — 356. *Première espèce.* Nous trouvons d'abord, comme immeuble par son objet, tout droit formant un démembrement de la propriété d'un immeuble.

On entend par *propriété* le droit le plus étendu, le plus complet qu'il soit possible d'avoir sur une chose : *plenum in re dominium, plena in re potestas.* Ce droit se compose de trois principaux éléments : le droit d'user, le droit de jouir, et le droit de disposer de la chose exclusivement à toute autre personne. User de la chose (*uti*), c'est s'en servir en l'employant à un usage susceptible de se renouveler; jouir de la chose (*frui*), c'est en percevoir les fruits, c'est-à-dire les produits qu'elle donne, *quidquid ex re nascitur;* disposer de la chose (*abuti*), c'est en faire un usage définitif, en la détruisant ou en la transférant à un autre.

Ces trois droits, *usus, fructus, abusus,* dont la réunion forme la propriété (*dominium*), peuvent être et sont souvent séparés l'un de l'autre. Ainsi, le droit de disposer peut appartenir à Primus; le droit de jouir et le droit d'user à Secundus, ou bien le droit de jouir seulement à Secundus, et le droit d'user à Tertius. Dans ce cas, Primus est toujours *propriétaire,* mais propriétaire *nu,* puisqu'il est, actuellement et pour un temps, dépouillé des principaux avantages de sa propriété; Secundus, s'il a l'usage et la jouissance, se nomme *usufruitier* (*usu-fructuarius*); s'il a la jouissance seulement, il est... *fructuarius,* mot dont l'équivalent manque dans notre langue, et qui ne peut s'exprimer que par une périphrase; Tertius se nomme *usager* (*usuarius*). — Quand le droit d'usage frappe sur une maison, nous l'appelons *droit d'habitation.*

Ainsi donc, mon droit de propriété, tout en restant mien dans son élément principal (*abusus*), peut se trouver démembré au profit d'une autre personne à laquelle appartiendront simultanément les deux autres éléments de la pleine propriété, ou au profit de deux personnes auxquelles ces deux éléments appartiendront séparément.

Mais si mon droit de propriété peut être démembré pour l'avantage d'autres personnes, il peut l'être aussi, quand c'est sur un immeuble qu'il porte, pour l'avantage d'autres immeubles. Ainsi, il peut exister sur mon terrain, au profit de votre maison, un droit de passage qui vous donne, et à tous ceux qui vous succéderont dans la propriété de la maison, la faculté de traverser ce terrain pour aller et venir de votre maison à la voie publique...; votre maison peut avoir un droit de puisage d'eau dans la citerne de ma cour...; il peut être établi qu'on ne pourra jamais planter d'arbres, ni faire de constructions sur mon terrain en face de cette même maison, etc., etc.

Ces deux classes de fragments ou démembrements du droit de propriété, imposant au propriétaire une diminution de l'usage de sa chose et une gêne dans l'exercice de son droit, ont reçu le nom de *servitudes.*

Quand le droit démembré de la propriété est directement conféré à une personne, il y a servitude *personnelle;* quand il est établi pour la chose, et qu'il n'appartient à la personne qu'en tant que propriétaire de cette chose, il y a servitude *réelle.*

357. Il n'y a de servitudes personnelles que l'usufruit, l'usage et l'habitation, qui, du reste, peuvent frapper sur des meubles comme sur des immeubles. Ceci se trouve vrai, même pour le droit d'habitation, car on voit des bâtiments construits en bois et simplement posés sur le sol sans y être inhérents au moyen de fondements ni de pilotis; or, quoiqu'un pareil bâtiment soit meuble, rien n'empêche de concéder sur lui un droit d'habitation.

Quant aux servitudes réelles, elles se modifient à l'infini; mais elles ne peuvent exister qu'entre deux immeubles, ce qui les a fait appeler aussi *services fonciers.* Une servitude réelle, en effet, ne pouvant résulter que de la position respective des deux choses entre lesquelles on l'établit, on conçoit qu'elle n'est pas possible entre deux choses dont une seule serait mobilière, puisque celle-ci peut changer de position à chaque instant. Du reste, on ne trouve nulle part dans le Code les mots de *servitudes réelles, servitudes personnelles;* mais tout simplement le mot de *servitude,* sans aucune adjonction. Ceci tient à ce que les rédacteurs, voulant proscrire jusqu'à l'apparence des droits féodaux, n'ont pas osé donner aux droits d'usufruit, d'usage et d'habitation, le nom de *servitudes* qu'ils ont exclusivement appliqué aux services fonciers : du moment qu'on ne parlait pas des servitudes personnelles, il n'y avait plus lieu d'indiquer, par opposition, des servitudes réelles. Toutes les fois donc que nous trouverons dans le Code le mot *servitude,* il signifiera *servitude réelle.*

Tout démembrement du droit de propriété, toute servitude, se nomme *jus in re,* droit dans la chose. — *Jus in re* et *démembrement de propriété* sont deux expressions synonymes. On a dit (notamment Delvincourt) que la première expression était plus large que la seconde; que tout démembrement de propriété était bien *jus in re,* mais que réciproquement tout *jus in re* n'était pas démembrement de propriété. C'est là une erreur : la propriété étant le droit le plus étendu qu'on puisse avoir dans une chose, en d'autres termes l'ensemble de tous les droits élémentaires qui sont possibles dans cette chose, il s'ensuit forcément que quand un tiers a un droit quelconque dans ces choses, un *jus in re* quel qu'il soit, ma propriété n'est plus entière, elle est démembrée. Cette erreur vient de la confusion qu'on a faite entre un *jus* IN RE et un *jus* IN REM ou *actio in rem* (*voy.* n° IV ci-dessous).

Ces notions, qui seront complétées par l'explication des titres III et IV, suffisent pour comprendre la première espèce des droits *immeubles par leur objet.* Il est clair, en effet, du moment qu'on voulait classer les droits en mobiliers et immobiliers, que le droit de propriété d'une chose et les droits secondaires démembrés de ce droit principal ne pouvaient pas recevoir une autre nature que celle de la chose sur laquelle ils frappent. Aussi notre article commence-t-il par déclarer

droits immobiliers, 1° l'usufruit, pourvu qu'il frappe sur une chose immobilière; puis 2° les servitudes réelles (absolument et sans condition, parce qu'elles n'existent jamais que sur des immeubles); et sous le nom d'usufruit, ce n'est pas seulement l'usufruit proprement dit, mais toute servitude personnelle que notre article entend indiquer.

En effet, l'usufruit n'étant rien autre chose que le droit d'user et le droit de jouir réunis ensemble, il est clair que, quand il est immeuble, les deux droits élémentaires qui le constituent sont immeubles aussi, et resteraient tels s'ils étaient séparés l'un de l'autre. Donc le droit de jouissance *sine usu,* ou le droit d'usage *sine fructu,* puis le droit d'habitation, qui n'est que l'usage des maisons, seront tous des droits immobiliers quand ils reposeront sur des choses immobilières. Il en sera de même de l'*emphytéose,* qui est aussi une espèce d'usufruit plus étendu que l'usufruit ordinaire.

III. — 358. L'emphytéose ou bail emphytéotique est un contrat par lequel je vous concède, moyennant une redevance annuelle qu'on appelle *canon emphytéotique,* le droit d'user et de jouir de mon immeuble en maître absolu, mais seulement pour un temps déterminé. A la différence du simple usufruitier, l'emphytéote peut changer la substance de la chose (pour l'améliorer, bien entendu); mais aussi il supporte même les grosses réparations (*voy.* art. 578 et 605); son droit ne s'éteint jamais par sa mort, mais seulement à l'expiration du temps marqué (ordinairement 99 ans). Il faut donc comprendre aussi l'emphytéose dans le mot *usufruit* de l'alinéa 2 de notre article.

Autrefois on pouvait faire et on faisait fréquemment des emphytéoses perpétuelles. L'emphytéote était alors, en fait, dans la position d'un propriétaire; mais, en droit, c'était toujours le concédant qui conservait la propriété, dont la redevance annuelle était une reconnaissance. Les lois de 1789 et 1790 ayant permis aux emphytéotes de se débarrasser de ces redevances par le versement d'un capital, les emphytéoses perpétuelles déjà consenties alors, et celles qui depuis ont été ou seraient consenties, se trouvent être des aliénations completes, transférant non plus seulement un démembrement de la propriété, mais la propriété même. Elles ne rentrent donc pas dans notre article. — Delvincourt pensait que dans notre droit nouveau, par suite de ces mêmes lois, les emphytéoses, même temporaires, étaient prohibées. C'était une erreur évidente : les lois de 1789 et 1790, dans le sens desquelles notre Code a été écrit, ont seulement voulu affranchir les personnes et les biens, rendre les unes à une complète indépendance, les autres à la libre circulation du commerce, en déclarant désormais remboursables à la volonté des débiteurs, dans le contrat d'emphytéose et dans les contrats analogues, toutes rentes et redevances antérieurement perpétuelles et irrachetables. Aussi l'État, les communes et les établissements publics ont toujours consenti et consentent fréquemment des emphytéoses temporaires (*voy.* Ordonn. du 8 août 1821). Les auteurs et la jurisprudence reconnaissent aujourd'hui, avec raison,

la validité de ces emphytéoses de la part des particuliers (1). — Le terme de quatre-vingt-dix-neuf ans est la plus longue durée que puisse avoir cette emphytéose temporaire.

Ce bail d'emphytéose est aujourd'hui le seul qui fasse naître, au profit du preneur, un démembrement de la propriété de l'immeuble, un droit immobilier; les autres baux plus ou moins analogues à lui, qui se faisaient fréquemment dans l'ancienne jurisprudence, et dont plusieurs se pratiquent encore dans certaines contrées de la France, ont été ramenés, par les lois de 1789 et 1790, à transférer la propriété même, quand ils excèdent la nature d'un simple bail ordinaire. Ainsi, en laissant de côté les *mots* pour n'envisager que les *choses,* et en exceptant l'emphytéose à terme qui est une constitution d'usufruit très-étendue, il n'y a plus que des *baux* ordinaires ou des *ventes.*

359. Il ne sera pas inutile de présenter ici le tableau des diverses concessions à physionomie singulière auxquelles nous venons de faire allusion. Ce sont, outre 1° l'emphytéose :

2° Le *contrat de superficie.* — C'est la cession que je vous fais de la pleine propriété d'un édifice, d'une construction (*superficies* signifiait, en droit romain, toutes les choses inhérentes au sol et s'élevant au-dessus de lui), en me réservant le sol lui-même, dont je reprendrai la jouissance quand la construction disparaîtra : c'est donc la vente d'une construction sans le sol. L'acheteur se nomme *superficiaire;* le vendeur prend le nom, quelque peu barbare mais énergique, de *tréfoncier.* — Nos vieux contrats, pour signifier qu'un acheteur ordinaire, en acquérant un terrain, l'acquérait dans toute sa profondeur (art. 552), disaient qu'il obtenait le fonds et *très-fonds* ou *tréfonds :* de là la qualification de propriétaire tréfoncier, opposée à celle de propriétaire superficiaire.

3° Le *bail à domaine congéable* ou *bail à convenant.* — Dans ce contrat, le bailleur conserve la propriété des terres dont le preneur a seulement la faculté de jouir comme un fermier ordinaire; puis il cède à celui-ci la propriété des superficies, séparées intellectuellement du fonds comme dans le cas précédent, le tout moyennant une redevance annuelle appelée *rente convenancière;* enfin, il conserve le droit d'expulser le colon à toute époque et de reprendre ainsi ses superficies, en lui en remboursant la valeur actuelle. On voit qu'il y a là, tout ensemble, vente (à réméré) et bail ordinaire. Ce contrat, né en Bretagne, y est encore fréquent aujourd'hui.

4° Le *bail à rente foncière.* — Il conférait au preneur la propriété de l'immeuble, mais en laissant au bailleur un droit de copropriété représenté par son droit de rente perpétuelle. Les lois de la révolution ayant aboli la perpétuité des rentes et redevances, dont le débiteur peut désormais se libérer quand il veut, il n'y a plus là qu'une vente dont le capital à rembourser forme le prix.

(1) Notamm. Persil (art. 2118, n° 15); Duranton (IV, 80); Troplong (art. 1709, n° 50).

5° Le *bail à complant.* — C'est la concession perpétuelle ou temporaire d'un terrain, faite à un preneur qui doit le *complanter,* le planter entièrement d'arbres quelconques, mais presque toujours de vignes; elle a lieu moyennant une redevance annuelle en fruits ou en argent, appelée *complanterie.* Quand la concession est temporaire, c'est un simple bail; quand elle est perpétuelle, c'est tantôt une vente et tantôt un bail encore. En effet, dans la plupart des provinces, le bail perpétuel à complant opérait translation de la propriété, tout en laissant au bailleur un droit de copropriété pour sa redevance; c'était donc un véritable bail à rente foncière qui serait aujourd'hui une vente, ainsi qu'on l'a vu au 3°. — Cette concession de la propriété était usitée dans le Poitou, le Maine, l'Aunis, la Saintonge, l'Anjou, etc. Dans la Bretagne, au contraire, le bail, quoique perpétuel, ne transférait pas la propriété, qui restait tout entière au preneur. En conséquence, des Avis du conseil d'État du 4 thermidor an 7 et du 22 fructidor an 10 décident que les lois de la révolution n'apportent aucun changement aux baux à complant dans les départements de la Loire-Inférieure, de la Vendée et de Maine-et-Loire, et partout *où les clauses de l'acte caractérisent la réserve de la propriété au bailleur,* parce qu'alors c'est vraiment un bail ordinaire, sauf la durée. (*Voy.* Valin, sur l'art. 6 de la Rochelle; Coutume du Poitou, 65; Merlin, *Répert.,* v° Vignes; Rapport de M. Boulay-Paty au conseil des Cinq-Cents sur la nature des baux à complant.) — C'est pour n'avoir pas saisi cette distinction que M. Duranton (t. IV, n°s 83 et 88) a vu dans ces Avis une dérogation de faveur à la loi du 29 décembre 1790.

6° Le *champart, agrier, terrage,* ou *bail à locatairie.* — C'est une concession, temporaire ou perpétuelle, moyennant une portion des fruits (*fructuum pars, campi pars,* d'où le nom de champart). Quand elle était perpétuelle, elle transférait la propriété; et dès lors la loi de 1790 l'a transformée en vente ordinaire; faite temporairement, elle n'est encore qu'un bail ordinaire (1).

7° Le *bail héréditaire* (d'Alsace), *bail à métairie perpétuelle* (du Limousin). — C'est un simple bail, mais d'une durée indéfinie et s'étendant de génération en génération, comme le *bail à complant* de Bretagne. Remarquons toutefois que ces baux n'étaient et ne sont perpétuels que de nom; car ils ne s'étendent qu'aux descendants *directs* du preneur, jamais à ses parents collatéraux. C'est pour cela qu'ils ne sont pas en opposition avec l'art. 1709, qui ne permet le bail que *pour un certain temps.*

8° Enfin le *bail à vie,* simple bail encore, mais consenti pour toute la vie du preneur. On peut même l'étendre à la vie de trois personnes successivement, d'après une disposition formelle de la loi du 29 décembre 1790.

On voit que, comme nous l'avions dit, ces diverses concessions ne créent jamais aujourd'hui, à l'exception de la première, un démembre-

(1) *Conf.* Cass., 28 juin 1854 (Dev., 54, I, 415; Dall., 54, I, 220).

ment de la propriété : elles produisent toujours une véritable aliénation de la chose elle-même (une vente sous un autre nom), ou un simple bail d'une durée plus ou moins longue. L'emphytéose (temporaire) est le seul contrat qui fasse naître un droit immobilier.

IV. — 360. Faut-il regarder l'hypothèque établie sur un immeuble comme un *jus in re* sur cet immeuble, comme un démembrement de sa propriété, et dès lors comme un droit immobilier par son objet ?

L'hypothèque n'existe ordinairement que pour garantie et sûreté d'une créance d'argent, et c'est aussi dans ces circonstances que nous la supposons. Cette créance d'argent garantie par l'hypothèque, il est bien clair qu'elle est purement mobilière, puisque son objet, c'est l'argent dû, et par conséquent un meuble. Mais l'hypothèque, considérée en elle-même, sera-t-elle meuble également ?... D'une part, l'hypothèque n'étant que l'accessoire de la créance, il serait bizarre qu'elle fût d'une autre nature que le principal. Quand je lègue à Pierre tous mes immeubles, et à Paul tous mes meubles, il serait bizarre, en fait, de donner à Paul, comme meuble, ma créance de 20 000 francs, en attribuant à Pierre, comme immeuble, l'hypothèque qui garantit cette créance ! D'autre part, cependant, l'hypothèque qui grève un héritage semble bien, au premier aspect du moins, être un droit réel dans cet héritage, un démembrement de sa propriété, et dès lors un droit immeuble par l'objet auquel il s'applique.

Cette contradiction apparente entre les principes du droit et la nécessité des faits existe-t-elle réellement ?

Non ; l'hypothèque n'est point un démembrement de la propriété de l'immeuble, un vrai *jus in re* sur cet immeuble : c'est un simple *jus ad rem mobilem, ad pecuniam,* comme la créance contre la personne ; car ce n'est rien autre chose que cette créance elle-même, en tant qu'elle s'exerce contre l'immeuble.

Nous sommes, nous l'avouons, le premier écrivain qui osions dire que l'hypothèque n'est qu'un *jus ad rem*. Dumoulin, Pothier, Delvincourt, M. Tarrible, M. Battur, M. Persil, M. Troplong, etc., l'appellent formellement un *jus in re,* un droit *dans la chose;* et ceux qui n'expriment pas cette idée en termes formels l'approuvent par leur silence. — M. Demante (I, 525) enseigne positivement, il est vrai, que l'hypothèque n'est point un démembrement de la propriété ; et ceci, dans notre bouche, signifierait aussi qu'elle n'est pas un *jus in re,* puisque nous avons dit que *jus in re* ou *démembrement de propriété* sont pour nous deux expressions synonymes. Mais comme certains auteurs, notamment Delvincourt (t. I, liv. II, tit. I, dern. alin.; puis, t. III, notes sur l'art. 2118), admettent qu'un droit peut encore être un *jus in re,* quoiqu'il ne soit pas un démembrement de la propriété, et que M. Demante, en déniant à l'hypothèque cette dernière qualité, ne s'explique pas sur la première, nous n'avons pas le droit de le citer à l'appui de notre opinion.

Chose étonnante ! A côté de cette idée admise généralement, que l'hypothèque est un droit *dans* l'immeuble, on admet généralement

aussi cette idée, inconciliable avec la première, que l'hypothèque n'est qu'un droit mobilier. « Toutes les fois, dit M. Troplong (art. 1709, n° 17), qu'on a un droit *dans* un héritage, ce droit suit la nature de l'héritage, et est comme lui de la classe des biens immeubles. » Or, il nous dit ailleurs (art. 2114, n° 386) que « l'hypothèque est un droit réel dans l'immeuble, car l'hypothèque réside *dans* la chose; c'est ce que les Romains appelaient droit *dans* la chose (*jus in re*). » Certes, il suit bien de là que l'hypothèque est *de la classe des biens immeubles*. Eh bien! voilà que M. Troplong lui-même reconnaît implicitement (même art. 1709, n° 17), que l'hypothèque n'est qu'un droit mobilier, et Delvincourt (*loc. cit.*), M. Demante (*loc. cit.*), M. Persil (art. 2118, n° XVI), M. Duranton (t. XIX, n° 241), l'enseignent en termes formels!... Pothier, du moins, et surtout M. Zachariæ, ne tombent pas dans cette flagrante contradiction. Tous deux aussi présentent bien l'hypothèque comme un *jus in re;* mais le premier (*Communauté*, n° 76) avoue qu'*elle peut paraître de nature immobilière* quand on la considère en elle-même, et M. Zachariæ (II, p. 98) la range expressément parmi les droits immeubles. M. Zachariæ, du moins, est logique et conséquent avec lui-même.

En présence d'auteurs qui se contredisent ainsi les uns les autres, et dont la plupart se contredisent eux-mêmes, il est clair qu'on est forcé d'aller chercher la vérité ailleurs que chez eux. Interrogeons donc les principes, analysons les circonstances diverses du droit d'hypothèque, et voyons si la nature même des choses ne nous offrira pas une théorie logique et vraie, en place de ces idées incohérentes et contradictoires.

361. Nos auteurs modernes ont raison, quand ils décident tous (moins M. Zachariæ) que l'hypothèque est un droit meuble; mais ils ont tort et renversent eux-mêmes leur propre décision, quand ils disent qu'elle est un *jus in re* dans l'immeuble, puisque cette qualité la rendrait immeuble par l'objet auquel elle s'appliquerait.

Cette contradiction des auteurs vient de la confusion qu'ils ont faite entre deux expressions qu'il fallait distinguer avec soin, *jus in re,* droit *s'exerçant dans* une chose, et *jus in rem,* droit *se poursuivant contre* une chose. — Quand on considère l'*objet* d'un droit, c'est-à-dire ce sur quoi il s'exerce ou doit s'exercer, ce droit est tantôt IN RE, et tantôt AD REM; quand on considère le *sujet passif* du droit, c'est-à-dire ce contre quoi il se poursuit en cas de contestation, ce contre quoi l'action se dirige, ce droit, ou mieux cette action, est tantôt IN REM et tantôt IN PERSONAM. Ainsi on oppose l'un à l'autre, 1° *jus in re, jus ad rem;* puis, 2° sous un autre point de vue, *jus* ou *actio in rem, jus* ou *actio in personam*. Or, comme on va le voir, le *jus in re* est toujours aussi *jus in rem,* jamais *jus in personam;* au contraire, le simple *jus ad rem* est ordinairement *in personam,* et non pas *in rem*. Mais il en est autrement dans un cas, celui de l'hypothèque précisément, laquelle est tout à la fois *jus ad rem* (droit à l'argent), et *jus in rem* (contre l'immeuble). C'est de là qu'est venue l'erreur; l'action *in rem* venant généralement

de *jus in re,* et l'hypothèque produisant cette action *in rem,* on s'est accoutumé à la regarder comme étant un *jus in re,* ce qui n'est pas. Tout ceci, pour être bien compris, demande de notre part quelques détails et de la part du lecteur une attention soutenue.

1° Distinction du *jus in re* et du *jus ad rem.* — Le *jus in re* est le droit qui m'appartient en propre, immédiatement et absolument, sur une chose, en sorte qu'il est identiquement le même contre tout le monde, *idem erga omnes ;* le *jus ad rem* est celui qui ne m'appartient sur la chose que médiatement, relativement, et en trouvant pour intermédiaire et pour base l'obligation particulière de tel ou tel. Le *jus in re,* par l'effet de sa nature indépendante et absolue, n'a rien à attendre, rien à recevoir, rien à demander ; il s'exerce *per se ipsum,* en s'appliquant à son objet par sa seule force ; le *jus ad rem,* au contraire, consiste précisément dans la faculté de demander et de me faire donner, de me faire faire, ou de me faire procurer quelque chose ; il est le corrélatif de l'*obligation* particulière par laquelle tel ou tel se trouve astreint envers moi *ad aliquid dandum, vel faciendum, vel præstandum* (1).

Ainsi, d'abord, si j'ai la propriété d'un cheval, l'usufruit d'un troupeau, l'usage d'une maison, un droit de passage dans votre cour, etc., mon droit sur le cheval, le troupeau, la maison ou la cour, m'appartient en propre, directement et sans l'intermédiaire de qui que ce soit; il m'appartient absolument et indépendamment de toute relation avec tel ou tel : je suis alors en rapport immédiat avec la chose objet de mon droit, et ne suis en rapport qu'avec cette chose. J'ai un *jus in re.*

Au contraire, si le cheval m'est prêté par vous, si c'est vous qui me louez le troupeau, si j'ai contre vous une créance de 20 000 francs, mon droit au cheval, au troupeau, à la somme d'argent, n'existe que relativement et ne peut s'exercer que médiatement et par votre intervention; mon rapport, médiat seulement, avec la chose objet du droit, n'est que la suite de mon rapport immédiat avec vous. Je n'ai qu'un *jus ad rem.*

2° Distinction du *jus in rem* et du *jus in personam.* — On appelle *in rem* le droit, l'action qui se dirige contre une chose, sans argumenter d'aucun droit contre une personne quelconque; et *in personam,* celle qui s'attaque à une personne que le réclamant prétend obligée vis-à-vis de lui. Il est vrai que, même dans l'action *in rem,* c'est à une personne que l'on s'adresse; c'est une personne que l'on somme ou que l'on assigne, aussi bien que dans l'action *in personam* (car on ne peut pas plaider, discuter contre une chose). Mais, dans l'action personnelle, c'est uniquement telle personne qui est recherchée pour elle-même, en vertu de son obligation ; tandis que, dans l'action réelle, on

---

(1) DARE, c'est transférer une chose *en propriété :* ainsi, dans la vente, l'échange, la donation, il y a *datio.* Au contraire, PRÆSTARE, c'est livrer, fournir, procurer la chose, la faire avoir à un titre quelconque sans en rendre propriétaire.

s'en prend au possesseur actuel (quel qu'il soit) de la chose poursuivie, en sa seule qualité de possesseur et indépendamment de toute obligation personnelle (1).

Le droit *dans une chose* étant absolu et indépendant de toute obligation particulière, de tout intermédiaire quelconque, il se poursuivra donc toujours d'une manière absolue contre cette chose (c'est-à-dire contre le détenteur actuel de cette chose). Ainsi, tout *jus in re* donne l'action *in rem* (*eamdem*). — Au contraire, le simple droit *à une chose* n'existant que par un intermédiaire quelconque, c'est contre cet intermédiaire que l'on agira. Or, cet intermédiaire entre mon droit et la chose qui en est l'objet est ordinairement une personne, de sorte qu'en règle générale le *jus ad rem* donne l'action *in personam ;* mais s'il arrivait (et c'est ce qui y a lieu dans l'hypothèque) que l'intermédiaire qui doit procurer la chose objet du droit fût une seconde chose, on aurait ainsi un *jus ad rem* donnant l'action *in rem* (*aliam*).

Examinons maintenant la nature et les circonstances de l'hypothèque, et tout va s'éclaircir par quelques mots.

362. On donne de l'hypothèque une idée très-juste, en disant qu'elle a pour but et pour effet de constituer l'immeuble qu'elle frappe débiteur de la somme due par une personne; en sorte que le créancier hypothécaire a pour débiteurs solidaires et la personne obligée envers lui et l'immeuble soumis à l'hypothèque. C'est parce que l'immeuble devient ainsi *per se ipsum* débiteur de la créance, que le créancier a le droit de poursuivre son payement contre cet immeuble, en quelques mains qu'il passe. — Mais, puisque l'hypothèque est le droit de poursuivre un immeuble pour lui *demander* le payement d'une créance, le

---

(1) On connaît l'origine romaine de ces expressions *droit réel, droit personnel; action réelle, action personnelle.*

A Rome, il n'existait pas, du moins dans le bel âge de la jurisprudence romaine (sous les empereurs de Rome), de fonctionnaires chargés tout à la fois, comme le sont nos juges, 1° de rechercher le point de droit qui se trouve en jeu dans une contestation, de préciser la question que cette contestation présente, *jus dicere;* puis 2° d'examiner et de décider cette question en vérifiant les faits, *judicare.* Un magistrat, le préteur, précisait et posait la question *habebat juris dictionem;* un simple citoyen, comme les jurés de nos assises, était chargé par le préteur de décider cette question, *judex erat, habebat judicium.* Le demandeur appelait donc d'abord son adversaire devant le préteur, *in jure.*

Là, si les deux parties, contraires dans leurs prétentions, se trouvent cependant d'accord sur les faits; s'il y a aveu par l'une des faits et circonstances allégués par l'autre, aucun point de fait ne restant à vérifier, et la décision du litige ne dépendant que des règles du droit, le magistrat ne renvoie pas devant le *judex;* il décide de suite et autorise immédiatement les voies de contrainte qu'il n'aurait autorisées que d'après la sentence du juge, s'il avait fallu renvoyer devant celui-ci : c'est là ce qu'on exprime en disant que *confessos in jure pro judicatis haberi placet.* Mais si les parties sont contraires en faits, le magistrat les renvoie devant le juge, *in judicio*, en délivrant au demandeur une formule adressée à ce juge, et qui lui indique la question qu'il doit examiner et la sentence qu'il doit prononcer en conséquence de son examen. C'est le droit (ainsi accordé par le préteur, et résultant de la formule par lui délivrée) de poursuivre l'adversaire *in judicio,* qu'on appelait *actio.*

La formule qui donne naissance à l'action, au droit d'agir *in judicio*, contient ordinairement trois parties : la *demonstratio*, qui est un exposé indiquant la cause et l'objet du débat; l'*intentio*, qui indique le point à examiner, en posant en question ce qui est allégué par le demandeur et nié par le défendeur, ce que ce demandeur prétend, *quod intendit;* puis la *condemnatio,* qui donne au juge le pouvoir et l'ordre

versement de l'argent; puisqu'il s'exerce en contraignant cet immeuble *ad dandum,* c'est donc un simple droit *ad rem,* un droit *ad pecuniam.* Il y a seulement ceci de particulier (de bizarre, si l'on veut), qu'au lieu de demander l'argent à telle personne, on le demande à tel immeuble jouant le rôle d'une seconde personne, d'un second débiteur. — Qu'on ne s'y trompe pas, l'immeuble qui se trouve en jeu, dans le cas d'hypothèque, n'est pas l'*objet* de mon droit, comme le sont le cheval dont je suis propriétaire, la maison sur laquelle j'ai droit d'usage, etc. ; il n'est que le *sujet passif* de ce droit, le débiteur auquel je demande mon argent. L'objet de mon droit, c'est l'argent, que j'obtiendrai par l'intermédiaire de l'immeuble. Il est clair, dès lors, que le droit hypothécaire n'est pas immeuble par son objet, puisque l'objet c'est l'argent, un bien meuble.

Maintenant, le droit hypothécaire donnant action contre un immeuble, c'est donc un droit réel, puisqu'il se poursuit *in rem,* au lieu de se diriger *in personam;* seulement, il y a encore cette remarque à faire, que le *jus in re,* lui, est réel *in eamdem rem,* tandis que le droit hypothécaire, *jus ad rem* (*mobilem*), n'est réel que *in rem aliam* (*et immobilem*) : c'est parce que, dans l'hypothèque, il y a deux *res* en jeu (l'argent dû, qui est l'objet de mon droit; puis l'immeuble, qui doit me donner cet argent), qu'on arrive à ce résultat, étrange au premier coup d'œil, d'un droit *mobilier* qui est cependant réel contre un *immeuble.* Mais de ce que le droit hypothécaire est *jus in rem* il ne faut pas, par une étrange confusion, en faire un *jus in re.* Le *jus in re* non-seulement se poursuit contre la chose (ce qui fait qu'il est en même temps *jus in rem*), mais aussi (et c'est par là qu'il est *jus in re*) il s'exerce

---

de condamner ou d'absoudre le défendeur, selon que la prétention du demandeur sera ou ne sera pas constatée. Or, c'est l'*intentio* qui a fait naître, par sa rédaction différente, selon les cas, les qualifications *in rem* et *in personam.*

Quand Titius prétend contre Seius qu'un droit (de propriété, d'usufruit, d'usage, de passage, etc.) lui appartient sur telle chose, l'*intentio*, sans contenir le nom du défendeur Seius, présente à juger d'une manière absolue le point de savoir *si tel droit sur telle chose appartient à Titius.* Au contraire, si Titius argumente d'une obligation, s'il prétend qu'on est tenu de lui donner, faire ou procurer quelque chose, l'*intentio*, contenant nécessairement alors le nom du défendeur, présente à juger le point de savoir *si Seius est obligé à... envers Titius.* Dans le premier cas, l'*intentio* indique seulement la chose sur laquelle on prétend un droit, elle est rédigée en termes absolus et généraux (*concepta est in rem*); dans le second, elle indique toujours la personne que l'on prétend obligée, elle est spécialement rédigée contre cette personne (*concepta est in personam*). Les expressions antithétiques *in personam*, *in rem*, sont donc synonymes de *personaliter, generaliter.* Nous avons déjà remarqué (art. 180, n° V) ce sens des mots *in rem*, *in personam*, à l'occasion des trois causes ordinaires d'annulation des contrats, dont deux (l'erreur et la violence) opèrent *in rem,* c'est-à-dire absolument, tandis que la dernière (le dol) opère seulement *in personam,* c'est-à-dire relativement à la personne qui a contracté en pratiquant le dol.

On conçoit facilement que ces qualifications, qui rigoureusement ne s'appliquaient qu'à l'*intentio* de la formule, se soient étendues à la formule entière, puis à l'action qui en résultait, puis au droit même qui faisait obtenir la formule. Aujourd'hui, l'accident de rédaction qui a amené chez les Romains la division des droits et actions en *réels* et *personnels* n'existe plus; mais ceci n'empêche pas qu'il n'y ait des droits et actions qui existent et se poursuivent absolument et indépendamment de toute relation personnelle (*generaliter, in rem*), et d'autres qui n'existent et ne se poursuivent que relativement à telle personne obligée vis-à-vis de nous (*specialiter, in personam*).

dans cette même chose et demeure en elle, parce qu'elle constitue son objet : ainsi, c'est *in re,* dans la chose même sur laquelle il existe, que s'exerce mon droit de propriété, d'usufruit, de passage, de vue, etc. Au contraire, mon droit hypothécaire sur tel immeuble ne s'exercera pas et ne demeurera pas dans cet immeuble, lequel n'est pas son objet ; c'est évident, puisque son exercice consiste à obtenir par cet immeuble (qui n'est pour lui qu'un intermédiaire) une certaine somme d'argent.

Il reste donc démontré, contre M. Zachariæ, que l'hypothèque est un droit mobilier ; et contre la généralité des auteurs, que c'est un simple *jus ad rem,* et non *jus in re,* dans le sens propre de ce mot. On n'aurait pu lui donner ce nom qu'en faisant observer qu'il était pris là dans un sens impropre et pour signifier seulement *jus reale, jus in rem.*

363. Nous nous étonnons d'autant plus de cette inexactitude des auteurs (source unique des erreurs et contradictions relevées plus haut) qu'un célèbre jurisconsulte du seizième siècle, Néguzantius, avait déjà présenté le germe de la théorie que nous venons de développer. « Vu que l'hypothèque, disait-il (*De pignor. et hypoth.,* 1re part., n° 3), s'établit sur la chose, on l'appelle ordinairement *jus in re,* ce qui signifie droit réel, ou mieux, action réelle, parce qu'en effet elle crée une *obligation* (et, par conséquent, donne un simple *jus ad rem*) non contre la personne, mais contre la chose ; en sorte que l'on poursuit l'héritage, c'est-à-dire le possesseur de cet héritage : *Et quia hypotheca constituitur desuper rebus, ideo dicitur jus in re,* SEU JUS REALE, VEL ACTIO REALIS : *quia per illam* OBLIGATUR *non persona debitoris, sed* RES ; *et sequitur fundum et datur contra possessorem.* »

M. Grenier (t. I, n° 4) qualifie de *définition irréprochable* ce passage de Néguzantius, et M. Troplong, au contraire (art. 2114, n° 386), trouve fort peu exacte cette prétendue définition. Il nous semble que les deux savants auteurs ont eu tort de voir là une définition, laquelle assurément serait fort incomplète. Le jurisconsulte italien, dans ce passage, n'a pas voulu définir l'hypothèque, mais seulement présenter l'un de ses caractères les plus importants à saisir ; il a voulu faire voir (ce que d'autres ont trop souvent oublié) qu'elle est en définitive une *simple créance d'argent contre un immeuble.*

V. — 364. Il nous reste encore à examiner un dernier droit, sur la nature duquel il y a controverse depuis quelques années : nous voulons parler du droit d'un locataire d'immeuble. Dans notre ancienne jurisprudence, ce droit était incontestablement mobilier, et aucun auteur n'avait jamais douté qu'il n'en fût de même sous le Code (1), lorsque, dans ces derniers temps, M. Troplong est venu soutenir que le droit du bailliste est aujourd'hui un *jus in re* sur l'immeuble, un

(1) Toullier (III, 388-390) ; Delvincourt, Proudhon (*Usuf.*, I, 102) ; Demante (*Prog.*, II, 432) ; Duranton (IV, 73) ; Dalloz (v° Louage, n°s 5-7) ; Championnière et Rigaud (IV, 3032) ; Duvergier (*Louage*, I, 279 et suiv.) ; Rejet, 22 fév. 1831 ; Rejet, 14 nov. 1832 ; *ajoutez :* Caen, 24 janv. 1848 (Dev., 31, I, 113 ; 33, I, 32 ; 49, II, 533).

droit réel immobilier (art. 1709, nos 5 à 20). Mais cette doctrine isolée du savant magistrat ne saurait être admise. Voyons sur quoi elle se base.

L'art. 1743, changeant en cela les anciens principes, déclare que le bail d'un immeuble (pourvu, bien entendu, que sa date soit certaine) continuera de valoir malgré l'aliénation que le bailleur ferait de l'immeuble loué; l'acquéreur, à moins de réserve formelle dans le bail, ne peut jamais expulser le fermier ou tout autre locataire. Ainsi, tandis que le bail ne valait autrefois que contre le bailleur (ou son successeur universel), et cessait lorsque cessait la propriété de celui-ci (sauf le droit du locataire à des dommages-intérêts), aujourd'hui, au contraire, il a son existence indépendante et s'exerce, pour sa durée entière, contre tout propriétaire de l'immeuble. Donc, dit M. Troplong, ce n'est plus un droit relatif, c'est un droit absolu; ce n'est plus un droit contre telle personne, c'est un droit contre l'immeuble même, à quelque personne que cet immeuble appartienne; ce n'est plus un *jus ad rem,* c'est un *jus in re,* un droit réel, immeuble par son objet.

Cette argumentation est-elle logique, et tout ceci est-il exact? Non, assurément..... Le droit réel, *jus in re,* c'est, ainsi qu'on l'a vu plus haut, celui qui est vraiment absolu et sans relation avec telle personne; qui s'exerce dès lors sans aucun secours étranger, sans aucun intermédiaire entre lui et son objet; qui n'a rien à demander, à attendre de qui que ce soit, et qui n'argumente d'aucune obligation particulière. Est-ce là le droit d'un preneur? Voyez... Quand la chose à moi louée n'est plus en état de me servir, c'est au bailleur, au propriétaire, que je vais *demander* de l'y remettre, car c'est lui qui est *obligé* de l'entretenir dans l'état voulu (art. 1719, 2°), comme il est *obligé* de la mettre en bon état avant de me la livrer (art. 1720, alin. 1). Quand la chose a besoin de réparations ultérieures, de travaux sans lesquels mon droit ne pourrait plus s'exercer, c'est à ce propriétaire que je *demande* ces travaux, que je *demande* à être mis à même d'exercer mon droit, et il est *obligé* d'accomplir ces travaux (art. 1720, alin. 2). Donc, je ne suis pas en rapport direct et immédiat avec cette chose, je n'exerce mon droit sur elle que par l'*intermédiaire* de son propriétaire et en m'appuyant sur l'*obligation* de celui-ci envers moi; donc, je n'ai pas à moi, en propre, le droit indépendant et absolu de *jouir* de la chose, mais simplement le droit de demander au propriétaire qu'il m'en *fasse jouir* (art. 1709, et 1719, 3°). Le propriétaire est si bien *obligé* de me *faire jouir,* que, si ma jouissance se trouve diminuée sans la faute de personne, soit par la destruction partielle de la chose, soit par le trouble que me causent de longues réparations, j'aurai droit à une diminution proportionnelle du loyer; seulement, comme c'est par force majeure que le bailleur n'exécute plus son *obligation,* la loi n'ajoute pas à la dispense d'exécuter mon obligation réciproque, le droit à des dommages-intérêts (art. 1722, et 1724, alin. 2). Considérez bien ce droit du locataire, ne s'exerçant jamais que par l'intermédiaire du bailleur, ne se soutenant que par son intervention, l'appelant chaque jour pour

le contraindre *ad faciendum et præstandum*, et vous vous demanderez s'il fut et s'il sera jamais une circonstance où le droit personnel, le *jus ad rem*, soit mieux caractérisé, plus clair, plus palpable...

Ces règles, et la conséquence qui en découle, deviennent plus saisissantes encore par leur comparaison avec les règles correspondantes de l'usufruit. L'usufruitier, ayant le droit absolu, indépendant et à lui propre, de *jouir* (au lieu du simple droit de forcer telle personne à le *faire jouir*), prend la chose dans l'état où elle est, l'entretient lui-même et n'aurait jamais droit à aucune diminution de son prix pour la diminution de jouissance arrivée autrement que par la faute du nu propriétaire (lire le n° II de l'art. 578).

Ainsi, le droit du preneur n'est qu'un droit personnel, un *jus ad rem*; et comme parmi les droits personnels qui nous appartiennent, il n'y a d'immobiliers que ceux qui doivent nous procurer un immeuble, et que le droit d'un preneur n'est pas dans ce cas, il s'ensuit bien que ce n'est qu'un droit mobilier.

Cependant, l'idée sur laquelle s'appuie la théorie erronée de M. Troplong, le fait qui forme la mineure de son syllogisme, ne sont pas expliqués; l'art. 1743 demeure là, non plus comme une dénégation de notre doctrine, mais au moins comme une objection qu'il nous faut maintenant résoudre.

365. En effet, le droit du preneur ne se poursuit pas seulement contre celui qui a personnellement consenti ce droit, mais aussi contre tout propriétaire succédant à celui-ci. Voilà un fait, un fait que M. Troplong a tort de vouloir expliquer par la prétendue réalité du droit, mais qui, ne pouvant recevoir cette explication, en appelle dès lors une autre. — Ce fait de la poursuite du droit contre l'acquéreur de l'immeuble ne peut pas s'expliquer par la *réalité* de ce droit; car ce droit reste purement personnel contre cet acquéreur, aussi bien que contre le propriétaire primitif : quand vous avez acheté la ferme qui m'est louée, je viendrai vous dire à vous, comme je le disais au propriétaire antérieur, que vous êtes *obligé* de faire telles réparations, de réédifier tels bâtiments, de faire tels travaux nécessaires à l'exercice de mon droit; je dirai que vous êtes *obligé* envers moi (vous uniquement et spécialement, et non pas tout le monde) à me faire jouir de la chose; j'agirai non pas *generaliter* et *in rem*, mais *personaliter*, *in personam*, en argumentant de ma relation avec vous seul, pour vous contraindre *ad faciendum et præstandum*. — Ainsi, j'argumenterai contre vous d'une obligation personnelle; mais d'où vient donc cette obligation? Voilà toute la question, toute la difficulté. Eh bien, cette difficulté n'est pas grande, car elle reçoit trois réponses pour une; on peut choisir entre trois sources pour cette obligation dont M. Troplong a été chercher le principe si loin dans la *réalité* de mon droit, sans apercevoir qu'il y avait contradiction à parler d'un droit réel, quand j'argumente d'une obligation personnelle.

Il y a dans notre droit français cinq sources des obligations : le contrat, le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit et la loi (art. 1370); or,

nous trouvons, ou dans le contrat, ou dans le quasi-contrat, ou, si l'on veut, dans la loi, la source de l'obligation dont il s'agit.

1° Quand vous achetez l'immeuble qui m'est loué par bail ayant date certaine, sachant ou devant savoir (car *nemo jus ignorare censetur*) que l'acquéreur sera tenu de respecter mon droit et de subir l'obligation de son vendeur, ne se forme-t-il pas une convention tacite par laquelle vous vous soumettez à continuer cette obligation? 2° Le quasi-contrat est le fait volontaire et licite qui fait naître une obligation sur laquelle il n'y a pas eu convention; or, quand vous achetez l'immeuble loué par un bail ayant date certaine, vous accomplissez un fait volontaire que la loi a bien pu regarder comme suffisant pour réaliser contre vous l'obligation dont il s'agit. 3° Que si l'on ne veut pas regarder l'achat comme étant lui-même le fait générateur de l'obligation; si l'esprit ne prend le fait que comme l'occasion, et non comme la cause efficiente de l'obligation, cette obligation viendra directement de la *loi*, qui l'impose elle-même à l'acquéreur, en sa qualité d'acquéreur, et nous tomberons dans la cinquième cause d'obligation, au lieu de rester dans la première ou la seconde.

Proudhon avait présenté une doctrine équivalente à la nôtre, en disant que « les auteurs de l'art. 1743 ont voulu que l'aliénation du fonds affermé ne fût consentie, ou *censée* consentie, que sous la condition que le tiers acquéreur y stipulât, ou fût *censé* y stipuler l'obligation personnelle d'entretenir le bail. » M. Troplong regarde cette idée comme une erreur grave, comme un contre-sens qu'il croit réfuter par cette phrase : « Passez-moi ce sous-entendu, et j'effacerai de nos Codes tous les droits réels, je n'aurai besoin que de supposer un engagement tacite!!! » (*Ibid.* n° 9.)

Ce n'est pas chez Proudhon que se trouve le contre-sens; c'est dans la phrase de M. Troplong, dans sa prétendue réfutation. Comment le savant magistrat a-t-il pu dire qu'il effacerait du Code tous les droits réels et les expliquerait comme droits personnels, par l'idée d'une obligation tacitement contractée, alors que ces droits ne présentent pas d'obligation?... Comment expliquer qu'une obligation s'est formée tacitement plutôt que formellement, qu'elle est née de telle manière plutôt que de telle autre, alors qu'il n'existe aucune obligation quelconque? Avant d'expliquer quoi que ce soit par un engagement tacite, il faudrait qu'on pût apercevoir un engagement dans la matière à expliquer; or, c'est ce qui est impossible quand il s'agit d'un droit réel.

Ainsi, par exemple, pour effacer la réalité d'un droit d'usufruit, M. Troplong dirait que si ce droit existe contre tous les acheteurs successifs de la nue propriété, c'est uniquement par l'effet de l'obligation tacitement contractée par ces acheteurs. Mais comment parler ainsi, quand il n'existe contre eux *aucune obligation?*... Mon nu propriétaire, en effet, n'est tenu *à rien* vis-à-vis de moi; je n'ai rien à lui demander; je ne puis pas le contraindre *ad aliquid dandum, vel faciendum, vel præstandum*. Sans doute, mon nu propriétaire *est tenu* de me laisser jouir de la chose, mais ce n'est pas là ce qu'on appelle une *obligation :*

il est tenu de me laisser jouir, comme en est tenu le *premier venu ;* il est tenu de me laisser jouir, comme il est tenu de me laisser exercer mon droit de propriété sur cette maison que j'ai trouvée dans la succession de ma mère; c'est-à-dire qu'il en est tenu comme *tout le monde* en est tenu. Or, ce devoir général et identique pour tous, de respecter le droit d'autrui, ne constitue pas l'obligation; l'obligation est le devoir spécial existant pour telle personne déterminée : tel est pour un propriétaire, vis-à-vis de son fermier, le devoir de rétablir la toiture qu'un coup de vent a enlevée. Comment donc M. Troplong expliquerait-il par un sous-entendu, dans ce cas d'usufruit, la formation d'une obligation, quand ce cas ne présente aucune obligation?... Ici, comme dans toute sa discussion, M. Troplong oublie ce point capital, que la distinction du droit réel et du droit personnel résulte précisément de ce que celui-ci repose uniquement sur l'*obligation particulière* à une personne, tandis que le premier existe absolument et sans aucune corrélation avec une obligation personnelle.

Au reste, une nouvelle réfutation de ce système de M. Troplong sera donnée plus loin dans l'explication de l'art. 595, n° I.

VI. — 366. Terminons ce qui concerne cette première espèce de droits immeubles par la solution d'une question qu'on a dû se faire en lisant ce qui précède. Nous trouvons comme immobiliers, par l'objet sur lequel ils reposent, les droits d'usufruit, d'emphytéose, d'usage et de servitude réelle, c'est-à-dire tous les démembrements de la propriété, du *dominium* d'un immeuble; mais pourquoi n'y range-t-on pas aussi ce *dominium,* le droit même de propriété, qui semblerait devoir y être mis le premier?... Ceci s'explique tout naturellement.

Le domaine qu'on a sur une chose la mettant avec nous dans un rapport intime et nous la rendant vraiment propre (d'où le nom de *propriété,* comme synonyme de domaine), l'esprit s'est naturellement accoutumé à saisir directement la *chose* objet du droit, dans les différents cas où rigoureusement on n'aurait dû considérer que le *droit* frappant sur cette chose. Au lieu de dire : J'ai la *propriété* d'une ferme, comme on dit : J'ai l'*usufruit,* l'*usage,* etc., d'une ferme, on dit : J'ai *une ferme.* Il en était de même chez les Romains; on disait bien : JUS *utendi re illa mihi est,* JUS *illa re fruendi,* JUS *eundi per illum fundum mihi est ;* mais, au lieu de dire : DOMINIUM *hujusce rei meum est,* on disait : RES *illa mea est.* Ainsi, quoique la propriété, le *dominium,* soit un droit, une chose incorporelle, comme l'usufruit, l'emphytéose, l'usage, les servitudes foncières, on ne lui donne cependant pas ce nom; on appelle *droit* dans une chose, *jus,* que le droit démembré de la propriété, jamais la propriété elle-même. Quand il s'agit de ce droit de propriété, on en fait abstraction pour ne considérer que la chose corporelle qui en est l'objet. Et cette habitude de confondre le *dominium* qu'on a sur une chose avec la chose elle-même est si naturelle et si profonde, que si, d'une part, on indique la chose pour exprimer le droit, souvent aussi on indique le droit pour exprimer la chose. On dit fré-

quemment : Vous avez là une jolie *propriété ;* vous possédez de vastes *domaines.*

Les choses étant ainsi, notre législateur, pour ne pas s'écarter du langage reçu (non-seulement chez nous, mais aussi chez les jurisconsultes de Rome), ne devrait ranger dans les immeubles incorporels que les droits démembrés du *dominium* d'un immeuble, et non pas ce *dominium* lui-même. En effet, il est clair qu'on ne pouvait pas dire de celui qui a une maison (c'est-à-dire la propriété d'une maison) qu'il a deux immeubles : 1° un immeuble par nature, la maison; puis 2° un immeuble par l'objet auquel il s'applique, le *dominium* de cette maison. Il fallait choisir l'une des deux idées, l'un des deux modes d'expression ; or, l'usage commandait d'accepter le premier, quoique moins philosophique et moins exact.

VII. — 367. 2e *Espèce.* Les droits immobiliers de cette seconde espèce sont ceux qui, sans reposer actuellement sur l'immeuble, tendent à lui, et doivent procurer à la personne la propriété ou un démembrement de la propriété de cet immeuble ; ce sont des droits, non plus *in re,* mais *ad rem.*

La loi, dans notre dernier alinéa, nous indique comme formant cette seconde espèce, les *actions qui tendent à revendiquer un immeuble.* Mais rien n'est plus inexact, rien n'est plus faux que cette phrase, qui dit précisément ce qu'il ne fallait pas dire et qui ne dit rien de ce qu'il fallait dire.

Avant de démontrer l'inexactitude de cette phrase, il nous faut en expliquer le sens, et pour cela, il faut d'abord rechercher la signification du mot *action.* A Rome, ainsi qu'on l'a vu dans la note de la page 359, l'action était LE DROIT *accordé par le préteur de poursuivre devant le juge ce que je prétendais m'appartenir ou m'être dû* (1) ; mais il en est autrement aujourd'hui, il en était autrement déjà sous Justinien. Aujourd'hui que l'on peut (et il en est ainsi depuis la suppression des formules par l'empereur Constant, l'an 340 de J.-C.) poursuivre ses droits en justice sans aucune permission préalable, il est clair que cette faculté de poursuivre judiciairement un droit ne peut plus se concevoir comme quelque chose de distinct du droit lui-même ; elle n'en est qu'une qualité. Donc le mot *action,* quand il n'est pas pris comme signifiant le *droit* réclamé ou à réclamer, ne peut plus s'appliquer à la

---

(1) *M'appartenir* (c'est une action réelle) *ou m'être dû* (c'est une action personnelle). Justinien, dans ses Institutes (lib. IV, tit. VI, pr.), dit seulement *quod debetur,* ce qui est doublement inexact : car, 1° quand je viens soutenir que je suis propriétaire d'une chose, je n'argumente pas d'une dette, je ne dis pas *aliquid mihi deberi;* la définition de Justinien ne comprend qu'une des deux classes d'actions, les actions personnelles ; 2° il n'est pas nécessaire que la chose soit due ou appartienne réellement, il suffit que l'on prétende qu'il en est ainsi : alors même que ma prétention n'aurait aucun fondement, du moment que le préteur m'a accordé le droit de poursuivre *in judicio,* du moment que j'ai la formule, j'ai une action. — D'ailleurs, et en troisième lieu, le système des formules et leur concession par le préteur ayant été abolis dès avant Justinien, les mots mêmes *jus persequendi in judicio* étaient également inexacts, ainsi que nous le disons au texte.

faculté d'exercer la poursuite, mais seulement à la poursuite réalisée; l'action proprement dite ne peut plus être autre chose que *la* RÉCLAMATION *faite en justice du droit réel ou personnel que l'on prétend avoir;* l'action n'est plus un droit, c'est un fait, un acte de l'homme. Mais si l'action, dans son sens propre, n'est plus qu'un fait; si ce n'est plus le droit de poursuivre, mais la poursuite même, elle ne peut donc pas être meuble ni immeuble, car on ne conçoit pas des faits mobiliers ou immobiliers. Lors donc qu'on parle d'une *action* mobilière ou immobilière, comme le fait notre dernier alinéa, le mot est pris dans le sens précédent et pour signifier le *droit* même qui engendre cette action et qui est l'objet de la réclamation; c'est le *droit* actuellement réclamé ou pouvant être réclamé (1). Donc, quand notre article nous indique comme immeubles par leur objet les *actions tendant à revendiquer un immeuble,* il ne peut s'entendre que des *droits* produisant la revendication d'un immeuble. Or, cette proposition est illogique, et contradictoire avec ce que le Code a dit plus haut.

En effet, la revendication étant l'action par laquelle on se prétend propriétaire de la chose réclamée, il s'ensuit que le seul droit qui produise la revendication, c'est le droit de propriété, *dominium.* Les termes de notre article signifient donc que le droit de propriété d'un immeuble est lui-même un immeuble par son objet. Il suivrait de là cette idée fausse et ridicule, que le propriétaire d'une maison aurait deux immeubles : un immeuble corporel et par nature, qui serait sa maison; puis un immeuble incorporel et par son objet, qui serait son droit de propriété sur cette maison!!! La pensée des rédacteurs semble avoir été que le propriétaire d'une maison a dans son patrimoine un immeuble par nature tant qu'il possède la maison, et un immeuble par son objet quand il ne la possède plus. Mais tout cela est faux et incohérent; car, que je possède ou que je ne possède pas la maison, j'ai sur elle, dans les deux cas, le même droit de propriété; dans les deux cas, la maison est dans mon patrimoine. Il ne fallait donc pas parler ici des actions en revendication.

On voit donc que ce dernier alinéa de notre article fait double emploi avec les art. 518-521. Du moment que le législateur dit au propriétaire d'un bâtiment qu'il a un immeuble par nature, il ne peut pas venir lui dire ensuite que la propriété du bâtiment constitue pour lui un immeuble par son objet... On pouvait choisir le système qui considère (comme constituant mon patrimoine, mes biens) les *choses* sur les-

---

(1) Il suffit d'un peu de réflexion pour reconnaître que chez nous le mot *action* a deux significations, l'une propre et rigoureuse (la *réclamation* du droit), l'autre moins propre (le *droit* objet de la réclamation faite ou à faire), et qu'il est fréquemment employé dans l'un et l'autre sens. On dit dans le premier sens : Votre action n'est pas régulièrement intentée; l'action en désaveu n'est jamais possible contre l'enfant qui n'est pas né viable; il n'a pas donné suite à son action. On dit dans le second : L'acheteur évincé a une action en garantie contre son vendeur; la loi défend à certaines personnes d'acheter les procès, droits et actions litigieux.

Dans cette dernière phrase, les mots *droits et actions* (empruntés à l'art. 1597) forment, par leur apposition avec le mot *procès*, un véritable pléonasme, une répétition inutile.

quelles j'ai le droit de propriété, en faisant abstraction de ce droit, ou bien celui qui considère seulement *ce droit* sur les choses ; mais on ne pouvait pas les prendre tous deux simultanément, puisque l'un détruit l'autre : si mon bien est la maison même dont je suis propriétaire, ne dites donc pas que mon droit de propriété sur cette maison est un bien différent du premier. Si les droits de propriété, les actions en revendication étaient des *biens immeubles par leur objet,* il n'y aurait plus un seul bien immeuble par nature.

368. M. Demante, pourtant (t. I, note du n° 526), prétend justifier la rédaction du Code ; il présente une théorie subtile, de laquelle il résulterait que l'action, prise dans son sens propre, c'est-à-dire comme *réclamation du droit,* forme vraiment un droit nouveau et distinct, dont le Code a pu parler ici sans faire un double emploi.

« Les actions, dit-il, sont mises par le Code au nombre des biens, parce que la réclamation forme pour le plaideur un véritable droit, celui d'obtenir justice des tribunaux auxquels elle est soumise. Avant la demande formée, on ne conçoit pas l'action comme un droit distinct de celui qui la produit ; ce qui est dans les biens, c'est ou une chose corporelle, ou un usufruit, une servitude, une créance ; mais la réclamation forme l'action, qui entre alors dans les biens et se classe parmi les immeubles. »

Ceci est profondément inexact.

D'abord, il y a contradiction dans la théorie du savant professeur. En effet, il définit lui-même l'action (dans la même note) *la réclamation, en justice, d'un droit prétendu.* Or, si l'action est la réclamation, c'est donc un simple fait ; mais si l'action est un *fait* du plaideur, comment est-elle un *droit* pour ce plaideur ?... Dira-t-on que M. Demante, par ces mots : « la réclamation forme pour le plaideur un véritable droit », entend parler, non pas d'un droit qui serait la réclamation même, mais d'un droit qu'engendre cette réclamation ? Mais ce droit, qui, selon M. Demante, devient pour moi un bien particulier, étant alors le résultat de la réclamation, tandis que l'action est la réclamation même, notre article aurait donc encore tort de présenter les actions comme des biens spéciaux : dans ce système, ce ne serait pas l'*action,* ce serait le *droit* résultant d'une action qui constituerait un bien.

Mais supposons que, pour faire disparaître cette contradiction et donner une base à sa théorie, M. Demante change sa définition et appelle action non plus la *réclamation* faite en justice, mais le *droit* résultant de cette réclamation : où nous conduiront ces idées subtiles ?... A reconnaître que cette théorie est inacceptable pour deux raisons : d'abord, parce que la définition de l'action serait complétement fausse ; ensuite, parce que ce droit résultant de la réclamation aurait nécessairement pour unique objet le jugement qui devrait être prononcé, et qu'il ne pourrait pas encore, par conséquent, constituer un bien spécial. En effet, un jugement n'étant rien autre chose que la constatation d'un droit, il ne peut pas être un bien distinct du droit lui-même ; et le droit, l'action, dont ce jugement serait l'objet, ne le pourrait pas davantage...

Ce jugement, évidemment, n'est ni un meuble, ni un immeuble; il est la *proclamation d'un droit* meuble ou immeuble : c'est le droit lui-même judiciairement reconnu. Donc, le jugement, quand on veut le considérer comme un bien et rechercher sa nature mobilière ou immobilière, cesse d'avoir une existence propre et se confond avec le droit sur lequel il prononce. Mais s'il en est ainsi du jugement, il en sera donc également ainsi du droit, de l'action, dont ce jugement est l'objet.

Ainsi, soit que l'on entende par action la réclamation même, la demande en justice (ce qui est exact), soit que l'on entende le droit d'obtenir jugement et résultant de la réclamation (ce qui serait inexact), on n'arrivera jamais à trouver dans l'action un bien spécial et distinct du droit qui a engendré cette action, et sur lequel le jugement a prononcé ou doit prononcer. L'action ne peut pas être un autre bien que le droit qui l'a produit; et il ne fallait pas, après avoir déterminé la nature d'un droit, déterminer séparément et *différemment* la nature de l'action qui l'accompagne; il ne fallait pas, après m'avoir dit que le droit de propriété d'une maison me donne un bien immeuble *par nature* et de la première classe, me dire que l'action en revendication de cette maison est pour moi un bien immeuble *par son objet* et de la troisième classe.

L'inexactitude de la théorie que nous combattons devient palpable par une simple observation. Acceptons pour un instant l'idée de M. Demante, et voyons quelle conséquence en découlerait... Il me prend fantaisie de me dire propriétaire d'un immeuble sur lequel je sais parfaitement n'avoir aucun droit, par exemple, du palais des Tuileries, et j'intente une action en revendication devant le Tribunal de la Seine... « Ma réclamation, dit M. Demante, forme pour moi un véritable droit; elle forme une action qui entre dans mes biens et se classe parmi mes immeubles »; en sorte que pendant le procès j'aurai à moi un bien immeuble par l'objet auquel il s'applique!... C'est-à-dire qu'il me suffirait de signifier des assignations ridicules à une douzaine de personnes pour faire entrer à l'instant douze biens immeubles dans mon patrimoine!!!

Nous ne comprenons pas les efforts que fait M. Demante pour justifier la rédaction d'un alinéa que lui-même est forcé de reconnaître vicieux d'ailleurs, ainsi qu'on va le voir; et il faut dire avec un autre professeur de l'École de Paris, M. Pellat : « *L'action qui tend à revendiquer un immeuble,* soit qu'on entende par là l'action déjà intentée ou l'action qu'on a droit d'intenter, n'est pas un *bien* distinct de la *propriété* même de l'immeuble. Voilà donc qui fait double emploi. Chez les Romains, du moins, quelque peu philosophique que soit la division adoptée par eux, il n'y avait pas double emploi et confusion. » (*Princ. génér. du dr. de propriété*, p. 9.)

369. Et maintenant cet alinéa, qui dit ce qu'il ne fallait pas dire, ne dit rien de ce qu'il devait dire. En effet, il parle (et à tort) de l'action en revendication, du *jus in re;* mais il ne parle pas des droits et actions personnels (*ad rem*) tendant à se faire transférer la propriété d'un im-

meuble ou quelque démembrement de cette propriété; or, ce sont précisément ces droits qui forment notre seconde espèce de droits immobiliers. Un droit ne pouvant pas appartenir à une autre classe de biens que son objet, il est clair que tout droit *ad rem immobilem* est immobilier; et il n'y a pas plus à distinguer ici que dans le cas d'un *jus in re,* si le droit est ou non réclamé en justice, s'il est ou non à l'état d'action. L'art. 526 ne déclare mobiliers que les droits ayant pour objet des choses mobilières; donc, les droits dont nous parlons ici ne sont pas meubles. Or, les droits, comme les divers autres biens, sont tous meubles ou immeubles (art. 516); donc les droits dont nous parlons ici sont immeubles, et l'on peut accepter comme très-exacte la règle : *Mobilis est actio quæ tendit ad quid mobile, immobilis quæ tendit ad quid immobile...*

Ainsi, par exemple, quand j'ai la faculté de rémérer un immeuble (art. 1659), ou celle de faire annuler (art. 1110, 1111 et 1116), révoquer (953), ou rescinder (1774) l'aliénation d'un immeuble, j'ai là un bien immobilier par son *objet* seulement. Car je n'ai pas actuellement la propriété de l'immeuble corporel; j'ai seulement un droit qui tend à cette propriété et qui doit me la faire avoir.

M. Demante professe ici la même doctrine que nous, et adresse le même reproche au texte.

VIII. — 370. Ainsi, c'est par la nature mobilière ou immobilière de l'*objet* d'un droit que l'on voit si ce droit est meuble ou immeuble; et ce, aussi bien quand ce droit est réclamé en justice (c'est-à-dire quand il est à l'état d'*action*) que dans le cas contraire; et aussi bien pour le droit *ad rem* que pour le droit *in re* (avec cette observation, toujours, que quand le droit *in re* est un droit de propriété, ce n'est plus le *droit* que l'on considère et que l'on qualifie, mais la chose qui en est l'objet). Il importe donc de comprendre d'une manière exacte ce qu'on entend par l'*objet* d'un droit.

L'objet d'un droit, c'est la chose sur laquelle le droit repose et s'exerce (*in re*) ou tend à s'exercer et à se reposer (*ad rem*); on peut encore dire, pour le droit *ad rem,* que c'est la chose que le créancier est en droit de demander. Ce droit *ad rem* demande quelques observations.

Si une personne me doit un immeuble, mais avec faculté de se libérer en me donnant un meuble à la place; par exemple, si un testateur a obligé son héritier à me livrer telle maison, avec faculté pour lui cependant de se décharger du legs de la maison en me comptant 10 000 francs, mon droit (ou mon action, puisque nous avons établi la synonymie de ces expressions pour la matière qui nous occupe), mon droit reste immeuble. Car ce que j'ai le droit de demander, c'est la maison, et la maison seulement; les 10 000 francs ne sont pour le débiteur que *in facultate solutionis :* c'est là ce qu'on appelle *obligation facultative,* laquelle n'a qu'un seul objet. Si donc, dans ce cas, je léguais tous mes biens meubles à Pierre, et tous mes immeubles à Paul, c'est Paul qui aurait mon droit à cette maison, comme droit im-

mobilier ; et ce, quand même le débiteur préférerait se libérer par le versement de la somme d'argent : Paul, une fois devenu maître du droit immobilier, aurait seul droit à cet argent, remplaçant pour lui la maison objet de son action.

Il en serait autrement si le meuble et l'immeuble avaient été légués comme les deux objets alternatifs de l'obligation ; par exemple, si le testateur avait dit : « Mon héritier donnera à Titius ou telle maison, ou 10 000 francs. » Dans ce cas, ce que j'ai droit de demander, ce n'est ni la maison seule ni l'argent seul, c'est la *maison* ou l'*argent*. L'obligation, alors, est alternative, elle a deux objets. On ignore donc, quant à présent, si le droit est mobilier ou immobilier, et c'est par le choix que fera plus tard le débiteur, de tel ou de tel des objets, que la nature du droit sera connue. Le droit sera meuble et appartiendra au légataire de mes meubles, si le débiteur paye les 10 000 francs ; il appartiendra au légataire de mes immeubles, s'il livre la maison.

Que si le choix à faire entre les deux objets appartenait à moi, créancier, c'est moi qui serais libre de rendre mon action mobilière ou immobilière, en demandant tel ou tel des deux objets.

IX. — 371. Les droits ou actions ayant pour objet des immeubles ne sont plus aujourd'hui les seuls droits immobiliers : trois décrets postérieurs au Code sont venus permettre, par dérogation à la règle qui donne à un droit la nature de son objet, d'immobiliser certains droits ayant pour objet de l'argent, des capitaux.

Un décret du 16 janvier 1808, art. 7, permet aux propriétaires d'actions de la Banque de France d'imprimer à ces actions le caractère d'immeubles, en déclarant leur volonté dans la forme voulue pour le transfert des rentes. Un décret du 1er mars même année permet d'immobiliser de la même manière les rentes sur l'État, pour la formation d'un majorat. Enfin, un décret du 16 mars 1810 applique ces dispositions aux actions de la compagnie des canaux d'Orléans et du Loing.

Donc, il existe aujourd'hui d'autres biens immobiliers que les immeubles 1° par nature, 2° par destination, ou 3° par leur objet. Pour embrasser maintenant tous les immeubles, il faut, ou bien élargir la troisième classe, celle des biens incorporels, en disant qu'elle se compose des droits immobilisés *par la détermination de la loi,* ou bien laisser les trois classes du Code telles qu'elles y sont présentées, et ajouter pour les droits dont nous parlons dans ce n° IX une quatrième classe, sous cette même dénomination d'immeubles par la détermination de la loi.

372. On voit que notre art. 526 donnait lieu à plus d'une observation ; et on peut s'étonner que M. Duvergier n'ait rien ajouté aux trois lignes dans lesquelles Toullier donne, pour toute explication, le texte même de l'article (III, n° 17).

CHAPITRE II.

DES MEUBLES.

527. — Les biens sont meubles par leur nature, ou par la détermination de la loi.

373. Il n'y a que deux classes de meubles : 1° les vrais meubles, les choses corporelles susceptibles de se transporter d'un lieu à un autre, moins pourtant celles de ces choses que la loi déclare immobilisées à cause de leur destination (art. 522-525) ; 2° les droits que la loi déclare meubles à cause de leur objet mobilier.

Le Code s'occupe des vrais meubles, des biens meubles par leur nature, dans l'article suivant, puis dans les art. 531 et 532, que nous placerons de suite après celui-ci. Il indique les droits mobilisés par la détermination légale, dans les art. 529 et 530, que nous reporterons après l'art. 532.

528. — Sont meubles par leur nature, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées.

374. On comprend que cet article n'est exact que sous l'exception des meubles immobilisés par leur destination.

531. — Les bateaux, bacs, navires, moulins et bains sur bateaux, et généralement toutes usines non fixées par des piliers, et ne faisant point partie de la maison, sont meubles : la saisie de quelques-uns de ces objets peut cependant, à cause de leur importance, être soumise à des formes particulières, ainsi qu'il sera expliqué dans le Code de la procédure civile.

532. — Les matériaux provenant de la démolition d'un édifice, ceux assemblés pour en construire un nouveau, sont meubles jusqu'à ce qu'ils soient employés par l'ouvrier dans une construction.

375. Ces deux articles n'ont pas une grande utilité ; car toutes les choses qu'ils énumèrent se trouvaient comprises dans la règle générale de l'art. 529 : ce sont là des « corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, et changer de place par l'effet d'une force étrangère. »

Si le législateur, dans l'art. 531, a parlé des bâtiments de mer ou de rivière, des bains ou autres établissements sur bateaux, et en général des diverses constructions non adhérentes au sol, c'est parce qu'il a craint qu'on n'eût l'idée de les regarder comme des immeubles, à cause de

leur volume et de leur importance. Mais cette disposition spéciale n'était pas nécessaire; et du moment qu'une exception ne venait pas restreindre la règle de l'art. 529, votre trois-mâts de 800 tonneaux restait meuble tout comme le fauteuil dont je me sers.

On aurait également pu être tenté de déclarer immeubles (par destination) les pierres, briques, pièces de bois et autres matériaux assemblés pour une construction. C'eût été une idée inexacte; car la destination n'immobilise les choses que quand elles sont mises dans l'état où elles doivent rester : mon troupeau n'est pas immeuble par cela seul que je le destine à être mis sur ma ferme, mais seulement quand il y est mis. C'est pour prévenir cette idée fausse qu'est écrite la seconde ligne de l'art. 532. — Quant à la première phrase, qui prend la peine de déclarer meubles les matériaux provenant de la démolition d'un édifice, elle exprime une idée si simple, qu'elle n'a pu être formulée qu'à l'occasion de l'autre. Quand ma maison est démolie, elle cesse évidemment d'être immeuble, et le dessein que j'aurais de bâtir immédiatement et au même lieu une maison nouvelle en y faisant entrer tout ou partie des mêmes matériaux, ne les empêcherait pas d'être des choses mobilières.

376. Il en serait autrement si, au lieu d'une *démolition de l'édifice,* il y avait, soit dans un but de réparation ou de modification quelconque, soit par suite d'un coup de vent ou de tout autre accident, simple séparation partielle de quelques matériaux qui doivent être replacés; comme alors il continue d'y avoir une maison, les matériaux qui en sont momentanément détachés en sont toujours une partie. Aussi, la loi romaine, qui disait bien comme notre article : *Quæ parata sunt ut imponantur* (*ædibus*) *non sunt ædium,* disait aussi : *Quæ ex ædificio detracta sunt ut reponantur ædificii sunt* (D. L. 19, t. 1, 17, § 10).

Pothier concluait de cette idée de la loi romaine, que si une maison était incendiée, tombée de vétusté ou démolie, les matériaux en provenant conserveraient leur qualité d'immeubles, tant qu'ils paraîtraient destinés à la reconstruction (*Commun.*, n° 62). Cette décision, dont nous nous sommes écartés, nous paraît en effet inadmissible; les matériaux ne peuvent pas être censés faire partie de la maison, quand il n'y a plus de maison (arrêt conf. Lyon, 23 déc. 1811).

529. — Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société.

Sont aussi meubles par la détermination de la loi, les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'État, soit sur des particuliers.

SOMMAIRE.

I. Sont meubles par la détermination de la loi (et par leur objet) : 1° les droits *in re mobili;* et 2° les droits *ad rem mobilem.*
II. Le 2° comprend les actions dans les compagnies de finance, de commerce et d'industrie, lesquelles sont meubles alors même que la compagnie est propriétaire d'immeubles quels qu'ils soient. Erreurs de Toullier.
III. Il comprend également les rentes de toute nature.
IV. Observations sur la définition de la rente constituée.
V. *Quid* des offices cessibles et de la propriété littéraire ?

I. — 377. C'est cet article qui indique quels biens sont meubles par ladétermination de la loi.

Ce sont d'abord, d'après le texte, les obligations (obligations considérées activement, chez le créancier, c'est-à-dire les créances, les droits *ad rem* et les actions (c'est-à-dire ces mêmes droits se poursuivant par une demande en justice) qui ont pour objet des sommes d'argent ou autres choses mobilières. — La loi parle ici des obligations de sommes exigibles (exigibles actuellement ou à terme, peu importe), par opposition au droit résultant du placement d'un capital qu'on s'est interdit d'exiger, parce que ce droit forme une rente, et que la loi va parler spécialement des rentes plus bas, dans le deuxième alinéa.

Mais si le *jus ad rem,* quand il a pour objet un meuble, est mobilier, le *jus in re,* dont l'article ne parle pas, l'est aussi évidemment, et il est facile de comprendre pourquoi la loi ne l'a pas dit expressément. Le plus grand droit *in re,* c'est la propriété ; mais le langage reçu chez nous comme à Rome confondant le droit de propriété avec la chose corporelle qui en est l'objet, la propriété d'une chose mobilière donne un bien meuble par nature. Quant aux droits de servitudes réelles, les meubles n'en sont pas susceptibles. L'usufruit (comprenant aussi l'usage) est donc le seul *jus in re* qui soit meuble par l'objet auquel il s'applique, par la détermination de la loi ; or, le législateur n'a pas trouvé nécessaire de l'indiquer expressément, attendu que cette idée ressortait déjà suffisamment du deuxième alinéa de l'art. 526, qui ne déclare l'usufruit immeuble que quand il repose sur des choses immobilières.

Ainsi, nous trouvons comme meubles par la détermination légale, ou, si l'on veut, par l'objet auquel ils s'appliquent : 1° l'usufruit des choses mobilières, corporelles ou incorporelles ; 2° les droits tendant à obtenir des meubles (c'est-à-dire tendant à obtenir la propriété ou l'usufruit d'une chose mobilière). En d'autres termes, nous trouvons pour meubles par leur objet : 1° le *jus in re mobili ;* 2° le *jus ad rem mobilem.* C'est le parallèle de l'art. 526 qui, sous une rédaction vicieuse et incomplète, nous a présenté comme immobiliers : 1° le *jus in re immobili,* et 2° le *jus ad rem immobilem.*

Ces deux espèces de meubles incorporels les comprennent nécessairement tous, puisque tous les droits, toutes les choses incorporelles

sont *in re* ou *ad rem;* le reste de l'article ne va plus être que l'application du 2° à des points qui auraient pu paraître douteux.

II. — 378. La loi déclare meubles les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie.

Le mot *action* a ici un sens tout différent de celui qu'il nous a présenté dans tout ce qui précède. Il signifie : le droit à une quote-part de l'actif actuel et futur d'une société, quote-part déterminée par le nombre total des actions. Ainsi, quand le fonds social s'est formé par l'émission de cent actions, chaque action est d'un centième de l'actif. Un associé peut avoir plusieurs actions, ou n'avoir qu'une fraction d'action, une moitié, un quart. — Le sens du mot *intérêt* est autre et plus large : l'intérêt est le genre, et l'action est l'espèce. En effet, tout actionnaire est un intéressé, mais tout intéressé n'est pas un actionnaire. On n'a jamais deux ou trois intérêts, on n'en a qu'un, qui est plus ou moins grand : celui qui a deux ou trois actions a un intérêt; celui qui n'a qu'un quart d'action a aussi un intérêt. D'ailleurs, si la société n'est pas formée par actions, les associés ne sont plus actionnaires, et il sont toujours intéressés.

L'action ou l'intérêt dans une société ne sont, en définitive, que le droit à une fraction de l'actif actuel et des bénéfices à venir. Quand la société ne possède que des biens et valeurs mobiliers, il ne peut pas y avoir de doute sur la nature mobilière de ce droit; mais quand des immeubles appartiennent à la compagnie, l'objet du droit et par conséquent le droit lui-même peuvent paraître meubles ou immeubles, selon le point de vue différent où l'on se place. En effet, on pourrait considérer chaque associé comme étant copropriétaire, pour sa part, des immeubles acquis par la société, et dire que son droit ayant pour objet une partie de l'immeuble est lui-même immeuble, d'après l'art. 526; soit pour le tout, si la société ne possède actuellement que des immeubles; soit pour partie, si elle a tout à la fois des immeubles et des meubles. Mais tel n'est pas le point de vue de la loi. Le législateur a considéré que le but définitif et le véritable objet des sociétés commerciales, c'est de gagner de l'argent; que si, dans le cours de sa durée, une telle société acquiert des immeubles, ce n'est pas précisément pour avoir des immeubles, mais pour les revendre comme une marchandise dont elle doit tirer des bénéfices, ou pour s'en servir et les exploiter dans le même but, ou enfin pour mettre à l'abri de chances fâcheuses et comme dans un dépôt assuré des capitaux que l'on retrouvera lors de la dissolution de la compagnie; qu'en un mot, chaque associé, quels que soient l'état actuel des choses et la nature des biens formant aujourd'hui l'actif social, ne voit et n'attend jamais que de l'argent. En conséquence, la loi considérant la compagnie comme une personne morale, un être de raison, distinct de chacun des sociétaires, ne regarde qu'elle comme propriétaire des immeubles qui tombent en sa possession, et elle envisage chaque associé comme ayant contre la société le droit de demander un dividende mobilier, un droit *ad pecuniam,* une simple créance d'argent. De ce point de vue, qui est en effet plus conforme à la réalité des

choses, notre article déclare que les actions ou intérêts seront meubles « *à l'égard de chaque associé* seulement. » Il ajoute qu'il n'en est ainsi que *tant que dure la société;* parce qu'en effet, quand la société est une fois dissoute, les immeubles, s'il en existe, ne peuvent plus appartenir à une personne morale qui n'existe plus : les différents associés deviennent alors copropriétaires indivis des immeubles, chacun pour sa part (1).

De cette théorie de la loi, qui attribue la propriété des immeubles à l'être moral *société,* et ne reconnaît les associés que comme créanciers d'argent jusqu'à la dissolution, il suit qu'un associé ne pourrait ni aliéner ni hypothéquer une part d'immeubles proportionnelle à son droit; il pourrait seulement céder son action, sa créance. De même, ses créanciers ne pourraient pas saisir et exproprier une partie des immeubles, mais seulement pratiquer une saisie-arrêt sur cette même créance. Quant aux créanciers de la société, il est clair qu'ils peuvent recevoir hypothèque de leur débitrice, propriétaire des immeubles, et les exproprier contre elle, soit par suite de cette hypothèque, soit sans hypothèque.

379. Au reste, ce n'est pas de toute espèce de sociétés qu'il s'agit ici : il n'est question que des sociétés ayant un caractère commercial, des entreprises industrielles ou financières auxquelles on donne ordinairement, quand elles sont très-considérables, le nom de *compagnies,* qui leur est aussi donné par notre article; les règles qu'on vient d'expliquer ne s'appliqueraient pas à de simples sociétés civiles, lesquelles ne forment point des personnes morales, distinctes des associés (*voy.* art. 1836-1840, puis 1864 et 1873).

Toullier a écrit (XII, 97 et 101) que cette règle de notre article ne s'applique qu'aux sociétés qui par leur extrême importance méritent et portent le nom de compagnies, et qu'elle ne concerne pas les autres sociétés, même commerciales. C'est une erreur. Il est bien vrai qu'*en fait* il y a une différence entre les *sociétés* et les *compagnies;* mais *en droit* cette différence (qui tient uniquement au plus grand nombre des sociétaires, au chiffre plus élevé du fonds social, à la plus grande étendue des opérations) disparaît entièrement; toutes les sociétés commerciales, qu'elles aient ou non la qualification de compagnies, sont soumises aux mêmes règles. La plus humble société de commerce forme une personne morale, distincte des associés, aussi bien que l'entreprise la plus colossale; et dès lors l'une recevra, aussi bien que l'autre, l'application de notre article. Les sociétés civiles seules n'y sont point soumises, parce que seules elles ne forment point une personne morale, ainsi que nous le verrons sous l'art. 1864.

380. Une seconde erreur de Toullier, sur ce même article, consiste à dire que la règle qui déclare les actions et intérêts purement mobiliers, même en présence d'immeubles appartenant à la société, ne s'applique

---

(1) *Voy.* Cass., 18 août 1845; 6 fév. 1860; 18 juin 1862 (Dev., 45, I, 663; 60, I, 573; 62, I, 878; Dall., 45, I, 430; 60, I, 88; 62, I, 422).

qu'aux immeubles accessoires à l'exploitation et qui sont nécessaires à l'entreprise pour fonctionner. Ainsi, les immeubles achetés exprès pour être revendus ou dans un autre but, mais qui ne doivent pas servir à l'exploitation, rendraient les actions immobilières pour partie. Selon lui, la nature des choses et le texte de l'article répugnent à décider le contraire (*ibid.*, n° 98). — On touche du doigt la cause de cette erreur profonde : elle vient de ce que Toullier n'a pas compris le principe de la règle portée par le Code. Pour lui, ce principe n'est autre que la règle *Accessorium sequitur principale!* Les immeubles qui sont des accessoires de l'entreprise sont censés mobiliers, parce que l'entreprise est mobilière !!!

En supposant qu'on nous fît comprendre ce que c'est qu'une entreprise meuble et une entreprise immeuble, l'idée de Toullier n'en serait pas moins fausse; car la loi ne nous dit pas que *les immeubles* dont il s'agit *sont réputés meubles*... S'il en était ainsi, s'ils étaient meubles comme accessoires d'une entreprise meuble, ils seraient tels tout aussi bien pour l'ensemble de la société que pour chaque associé séparément. Or, la loi ne dit pas cela; elle dit que *mon action est mobilière,* même quand la société possède des immeubles (lesquels restent toujours immeubles), par la raison toute simple que ces immeubles ne sont pas à moi, mais à la société, personne morale, distincte des divers associés; mon action est et reste toujours meuble, parce que, soit que la société ait ou n'ait pas d'immeubles, mon action n'est jamais qu'une *créance* contre cette société. Il n'est question là dedans ni d'accessoires et de principal, ni d'immeubles réputés meubles. Lisons quelques mots du Rapport fait sur notre titre au Tribunat; il semble qu'on ait voulu y réfuter d'avance l'étrange doctrine de Toullier : « Chacune de ces compagnies *est une personne morale* qui agit...; le résultat des opérations peut être une hypothèque sur les immeubles *appartenant à l'association,* et qui *conservent leur qualité d'immeubles* sous tout autre rapport que celui des actionnaires *considérés individuellement. Chacun* des sociétaires ne pourrait hypothéquer sa portion dans ces immeubles; et son droit se borne à demander soit son dividende, soit, lors de la dissolution, la liquidation de sa portion. Tant que la société dure, *il n'est pas propriétaire de sa portion de l'immeuble,* mais de sa portion dans la valeur de cet immeuble. La loi statue donc avec raison que, pendant la durée de la société, et relativement à chaque sociétaire seulement, les actions ou intérêts sont meubles, quand même des immeubles dépendraient des entreprises. » (Fenet, t. XI, p. 45 et 46.)

381. On ne doit pas oublier que, par exception à notre article, les actions de la Banque de France et celles de la compagnie des canaux d'Orléans et du Loing peuvent être immobilisées par la volonté des propriétaires.

III. — 382. La loi déclare enfin meubles par leur objet, par sa détermination, les rentes de toute nature; et ce n'est encore là qu'une application de la règle qui rend meuble tout droit *ad rem mobilem.*

On appelle *rente* le droit de demander à toujours ou pour un certain

temps la prestation périodique d'une somme d'argent ou de certaines denrées. La rente est donc *perpétuelle* ou *temporaire;* la rente temporaire devient *viagère* quand elle n'existe que pour la vie d'une personne (c'est ordinairement la vie du créancier, mais pas toujours).

Lorsque la rente est établie comme compensation, comme prix de la cession d'un immeuble, on l'appelle (improprement maintenant) rente *foncière:* par exemple, je vous donne ma ferme, à la condition que vous me fournirez une rente annuelle de 800 francs, ou de tant de sacs de blé. Quand elle est créée moyennant l'abandon que je vous fais d'une somme d'argent, c'est une *rente constituée :* ainsi, je vous donne 20 000 francs, et vous me fournirez une rente de 1 000 francs par an.

Les produits de la rente (l'argent, les fruits, etc., que le débiteur doit fournir) se nomment *arrérages.*

Que les rentes soient foncières ou constituées; qu'elles soient perpétuelles, viagères ou seulement temporaires; qu'elles soient dues par l'État ou par des particuliers, elles sont toujours meubles aujourd'hui (à l'exception des rentes sur l'État immobilisées pour la formation d'un majorat).

Il en était autrement autrefois; les rentes foncières, partout, et même les rentes constituées, dans la plupart des coutumes, étaient immeubles (Pothier, *Des Choses,* 2e partie, § 2; *Comm.,* nos 81, 82, 84, 90, etc.).

Et d'abord, pour la rente foncière, c'était là une conséquence nécessaire des principes alors admis. La cession perpétuelle d'un immeuble au moyen d'une rente à fournir par le cessionnaire, se nommait *bail à rente.* C'était une translation de la propriété de l'immeuble, mais avec *rétention* du droit de rente, du droit à l'argent ou aux fruits que l'on considérait comme un démembrement (*réservé* par le cédant, le bailleur) du droit même de propriété. La rente était donc foncière, non pas en ce sens qu'elle naissait par la cession d'un fonds, mais parce qu'elle était un droit sur ce fonds. La rente était due par l'immeuble, tellement que le possesseur, le preneur, pouvait s'en libérer en abandonnant cet immeuble, en *déguerpissant,* et se trouvait toujours libéré si l'immeuble venait à périr. C'était donc un droit réel immobilier. Les lois de la révolution (1789 et 1790) ont supprimé cette affectation de la chose au payement de la rente; elles ont permis au possesseur, désormais plein et entier propriétaire de l'immeuble, de se libérer de son obligation, en versant au rentier un capital dont les intérêts représenteraient les arrérages dus en argent ou en fruits. De ce moment, la rente foncière, au lieu d'être un droit reposant sur l'immeuble et ne pouvant en être séparé, est devenue un simple droit à une somme d'argent, *ad rem mobilem.* Le principe de la détermination de la nature d'un droit par la nature de son objet demandait donc que la rente foncière fût déclarée meuble. Cependant le législateur n'aperçut pas, ou du moins ne proclama pas de suite cette conséquence; les rentes toujours dites foncières (quoiqu'elles ne le fussent plus en réalité) continuèrent d'être regardées comme immeubles. Plus tard, la loi du

11 brumaire an 7, art. 7, a fait un pas vers leur mobilisation, en les déclarant non susceptibles d'hypothèques. Enfin, notre article les a positivement déclarées meubles ; en quoi le Code, nous le répétons et on en voit la preuve, n'a fait que consacrer le principe *omne jus ad rem mobilem, mobile est.*

Quant aux simples rentes *constituées,* c'est-à-dire créées par l'abandon d'un capital, *constituta pecunia,* et qui pouvaient toujours se racheter par le remboursement de ce capital, il est clair qu'elles auraient toujours dû être meubles, et qu'en leur attribuant expressément cette nature, notre article n'a fait que tirer la conséquence, autrefois méconnue, du même principe.

IV. — 383. Cette définition de la rente constituée, *celle qui est établie à prix d'argent,* définition que nous avons dû donner pour suivre les anciens auteurs, n'est certainement pas logique : si je stipule de vous une rente comme prix de la cession de mon fonds de commerce, de ma bibliothèque, etc. ; si par transaction vous me consentez une rente pour arrêter l'action en dommages-intérêts que j'ai dirigée contre vous, à raison de tel fait par vous commis à mon préjudice; si vous créez gratuitement une rente à mon profit par une donation entre-vifs ou par testament, il est bien clair qu'il y aura *constitution* de rente, rente constituée, et non pas rente *foncière,* rente *réservée* sur un fonds comme un démembrement par moi *retenu* de la propriété du fonds que je vous livre. Pourquoi donc tous les auteurs et le Code lui-même (art. 1909) n'appellent-ils rente constituée que celle établie moyennant un capital ?... La question trouve sa réponse dans l'histoire.

Les lois ecclésiastiques et les ordonnances de nos rois défendaient sévèrement autrefois le prêt à intérêt, et ce fut précisément pour échapper à leurs prohibitions qu'on imagina la constitution de rente, que l'on regardait, non comme un prêt de l'argent, mais comme l'achat de la rente ; d'où le nom de *rachat* pour signifier la libération que le vendeur de la rente (le débiteur) pouvait toujours obtenir en remboursant le capital à lui donné. La rente constituée s'établissait donc toujours ou le plus souvent par le versement d'une somme d'argent, et de là est venue l'habitude de la définir par ce caractère.

L'Assemblée constituante et le Code civil ayant permis le prêt à intérêt, la constitution à prix d'argent est devenue la cause la plus rare de cette rente ; et il est aujourd'hui plus conforme aux faits eux-mêmes, en même temps qu'il est logique, de définir la rente constituée : toute rente créée autrement que par la cession d'un immeuble.

V. — 384. Autrefois, les offices de judicature et autres charges vénales étaient considérés comme biens immeubles. Aujourd'hui, les charges de notaire, avoué, greffier, huissier, commissaire-priseur (qui ne sont pas précisément vénales, mais cessibles à la volonté du titulaire et sous l'agrément du gouvernement), sont évidemment de simples biens mobiliers, puisque, soit la clientèle, soit le droit de présentation, ne sont rien autre chose qu'un droit à de l'argent.

Il en est de même de la propriété littéraire.

530. — Toute rente établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds mobilier, est essentiellement rachetable.

Il est néanmoins permis au créancier de régler les clauses et conditions du rachat.

Il lui est aussi permis de stipuler que la rente ne pourra lui être remboursée qu'après un certain terme, lequel ne peut jamais excéder trente ans : toute stipulation contraire est nulle.

(Cet article a été décrété le 21 mars 1804 et promulgué le 31.)

SOMMAIRE.

I. Il n'y a plus en France que des rentes constituées. — Dans quel sens on parle encore de rentes foncières sous le Code.
II. Comment s'établissent ces rentes foncières.
III. Sens des mots : *pour le prix de la vente.* Dissentiment avec M. Duranton.
IV. Il n'y a de rachetables que les rentes perpétuelles. La loi entend par rente perpétuelle celle qui doit excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, ou trois existences d'homme.

I. — 385. Cet article, qui n'a été promulgué et intercalé dans notre titre qu'après la confection entière du Code, et deux mois après ce titre (le 31 mars 1804), a eu pour but de reproduire la faculté, déjà proclamée par les lois de 1789-1790, de racheter les rentes foncières.

Il n'existe donc plus en France, depuis 1789, de rentes *foncières,* dans l'ancienne signification de ce mot ; et toutes les rentes, de quelque manière qu'elles soient établies, sont aujourd'hui des rentes *constituées.* — En effet, on appelait rentes *constituées* ou *créées* (*census constitutivi*) celles que le rentier avait *achetées* et *fait naître* à son profit; puis rentes *foncières* ou *réservées* (*census reservativi*) celles qu'il avait *retenues, réservées* comme démembrement de la propriété de l'immeuble, qu'il n'abandonnait qu'en partie et sous la rétention de son droit de rente, *deducto censu.* Ainsi, la rente de cette dernière espèce était *réservée,* puisqu'elle résultait de la conservation d'une partie du *dominium ;* elle était par là même *foncière,* puisqu'elle était un droit réel sur le fonds, *jus in re immobili,* suivant partout ce fonds, véritable débiteur de la rente. — Aujourd'hui que les rentes établies moyennant la cession d'un fonds sont rachetables par un capital, il s'ensuit qu'en recevant votre fonds j'en deviens à l'instant plein et parfait propriétaire, sans qu'aucune partie du *dominium* soit retenue par vous; la rente n'est donc plus *réservée,* elle est créée, constituée... Tout ce qui existe pour vous, c'est une créance mobilière, un droit au capital que je vous payerai quand je voudrai, et aux arrérages que je devrai vous fournir tant que ce capital ne sera pas remboursé ; votre droit poursuit désormais la personne, et non plus le fonds : ce n'est donc pas un droit foncier, une rente *foncière.*

Aujourd'hui, donc, toutes les rentes sont de même nature ; qu'elles

naissent par transaction, par donation ou testament, par le versement d'un capital, par l'abandon de denrées, marchandises ou autres choses mobilières, ou enfin par la cession d'un fonds, toutes sont créées, constituées. Et pourtant le Code distingue encore deux classes de rentes : 1° celles qui sont établies au moyen de la cession d'un immeuble, et dont s'occupe notre article ; 2° celles qui sont créées de toute autre manière, et dont parlent les art. 1709 et suivants. Les premières se nomment souvent encore rentes *foncières*, ce qui signifie seulement *constituées au moyen d'un fonds ;* les autres conservent la qualification de *constituées,* prise dans un sens tout spécial. C'est comme si l'on disait *census* FUNDO *constitutivi, census* CONSTITUTIVI *sine fundo ;* quant aux *census reservativi,* il n'en peut plus être question. — M. Zachariæ n'a donc pas eu une heureuse idée en imaginant de qualifier désormais ces anciennes rentes foncières du nom de *rentes réservées* (III, p. 101). Sans doute, il eût mieux valu donner à ces rentes un nom nouveau que de leur laisser leur ancien nom pris dans un autre sens ; mais le nom de rentes *réservées* était précisément le seul qui ne pouvait plus leur convenir, puisque aujourd'hui celui qui se procure une rente par l'aliénation d'un fonds *ne se réserve rien* sur ce fonds. L'adjectif *foncier,* tout mauvais qu'il est, présente du moins, à côté de son sens propre et ancien, une signification détournée que l'on peut encore accepter, puisqu'il y a toujours, comme autrefois, des rentes qui se constituent au *moyen d'un fonds.*

386. Ces deux classes de rentes ne suivent pas les mêmes règles.

1° Les rentes foncières, ou, si l'on veut, constituées foncières, peuvent, d'après notre article, être déclarées non rachetables pendant trente ans ; tandis que les rentes constituées simples ne peuvent l'être que pour dix années, d'après l'art. 1911. — Si l'on avait stipulé l'irrachetabilité pour un terme plus long que celui qui est permis par la loi, il faudrait décider, par analogie de l'art. 1660, que la convention ne serait pas nulle pour le tout, mais seulement pour l'excédant ; le délai convenu serait réductible au délai légal.

2° Dans la rente foncière, le créancier peut régler lui-même les conditions du rachat ; ainsi, quand je vous vends ma ferme moyennant une rente de 1 500 francs, nous pouvons expliquer dans le contrat que cette rente n'est faite qu'à 3 pour 100, et que vous ne pourrez me la rembourser que par 45 000 francs ; s'il s'agissait, au contraire, d'une rente constituée moyennant un capital, le remboursement aurait nécessairement pour objet le capital primitivement donné par le créancier, et les parties pourraient seulement convenir que le remboursement ne sera possible qu'après tel délai à partir d'un avertissement donné au créancier (art. 1911) (1). Si le contrat créant la rente foncière ne con-

(1) Cette différence n'existe pas pour la rente foncière avec toute rente constituée, mais seulement avec la rente constituée à prix d'argent. Quand je vends un fonds de commerce moyennant une rente de 800 francs, rien, évidemment, ne nous empêche de reconnaître que cette rente n'est faite qu'au taux de 4 pour 100, et que dès lors elle ne serait remboursable que par un capital de 20 000 francs.

tient l'expression d'aucun capital, le prix du rachat se déterminerait d'après les règles portées sur ce point par le titre III de la loi du 18-29 décembre 1790.

Les autres différences qui distinguent la rente constituée foncière de la rente constituée simple seront expliquées sous les articles qui s'occupent de cette dernière.

II. — 387. Le premier alinéa de notre article nous indique trois manières de constituer la rente foncière. Elle peut être établie, 1° pour le prix de la vente de l'immeuble; 2° comme condition de la cession de cet immeuble à titre onéreux ; 3° comme condition de sa cession gratuite. Ainsi, quand je vous vends ma ferme moyennant une rente de 1 500 francs, cette rente est vraiment le prix de la vente: c'est le premier cas. Si je vous vends cette ferme moyennant une somme de..., ou que je l'échange contre votre maison, mais en outre à la charge par vous, dans l'une ou l'autre hypothèse, de fournir à mon vieux domestique une rente de 200 francs, cette rente est constituée comme condition de la cession de l'immeuble à titre onéreux. Si, enfin, c'est en vous transférant cette ferme par donation ou par testament que je vous charge de cette même rente de 200 francs, la rente est alors la condition d'une cession gratuite.

L'obligation que je vous impose dans ces deux derniers cas est parfaitement valable; car, bien qu'en général on ne puisse stipuler en son propre nom que pour soi-même (art. 1119), « on peut néanmoins, dit l'art. 1121, stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même (c'est le premier cas), ou d'une donation que l'on fait à un autre (c'est le second cas)· »

III. — 388. Quelques jurisconsultes entendent autrement que nous ces mots de notre article : *pour le prix de la vente d'un immeuble* (*voy.* M. Duranton, t. I, n°s 148 et suiv.). Ils enseignent qu'il s'agit d'une rente en laquelle on convertit le prix d'une vente antérieurement convenue. Ainsi, je vous vends ma ferme moyennant 45 000 francs, puis nous convenons qu'au lieu de me payer ces 45 000 francs, vous m'en ferez la rente à 3 pour 100. Si tel était le sens de l'article, il serait en contradiction flagrante avec l'art. 1911. En effet, ce serait là, évidemment (et M. Duranton le reconnaît bien), une rente constituée à prix d'argent et moyennant le capital de 45 000 francs; donc la stipulation de non-remboursement ne serait possible que pour dix ans d'après cet art. 1911, tandis qu'elle serait permise pour trente ans d'après notre article !... Telle n'est pas la signification de ces mots.

Ce sens avait été, il est vrai, donné par inadvertance à l'article lors de sa première rédaction; mais il a disparu dans sa rédaction dernière, et c'est avec la signification que nous lui avons donnée que l'article a été voté et décrété. Voici ce qui s'est passé à ce sujet.

Dans la séance du 10 mars, l'article fut présenté à la discussion en ces termes : « Toute rente établie à perpétuité, *moyennant un capital en argent*, ou pour le prix, *évalué en argent*, de la vente d'un immeuble, ou comme condition... » Par « prix de vente *évalué en ar-*

gent », il est clair que l'on entendait une vente déjà convenue pour un prix déterminé, prix qui serait ensuite converti en rente. C'était, avons-nous dit, une contradiction à l'art. 1911; mais on ne pouvait pas s'en étonner, en présence de cette contradiction générale et absolue qui classait dans notre article, et comme susceptible d'une stipulation de non-remboursement pour trente années, *toute rente établie moyennant un capital en argent!!!* C'était de la part des rédacteurs un oubli évident de la disposition qu'ils avaient écrite douze jours avant dans l'art. 1911. — Mais qu'arriva-t-il? Dans cette même séance, M. Jolivet demanda et fit prononcer la suppression des mots : *évalué en argent*. Ce n'est pas qu'il aperçût la contradiction (car personne ne la vit au conseil d'État!), mais, peu importe par quel motif, ces mots disparurent (Fenet, t. XI, p. 70). L'article fut donc rédigé en ces termes : « Toute rente établie moyennant un capital en argent, ou pour le prix de la vente d'un immeuble... » (*Ibid.*, p. 74.) En cet état, les mots *pour le prix de la vente* pouvaient signifier, ou bien *à la place et par conversion d'un prix antérieur de vente,* ou bien *comme formant le prix de la vente*. Il est certain que les rédacteurs entendaient alors ces mots dans le premier sens; mais il est certain aussi que ceux qui n'avaient pas connu les mots *évalué en argent*, déjà supprimés, pouvaient prendre l'un ou l'autre sens, et plutôt le dernier. L'article fut communiqué en ces termes au Tribunat. Là on aperçut de suite la contradiction résultant des mots *moyennant un capital en argent;* leur suppression fut demandée pour ce motif et réalisée par le Conseil (*ibid.*, p. 72 et 73). Donc, si le Tribunat avait entendu dans un sens présentant une contradiction semblable les mots *pour le prix,* il en aurait également demandé la suppression. Donc les mots *rente établie pour le prix de la vente* ont été votés, décrétés, et doivent être entendus dans ce sens : *rente établie comme formant le prix de la vente*. Et ce sens, en effet, est bien plus naturel que cet autre : *rente établie par conversion du prix de la vente*.

D'ailleurs, M. Duranton avoue que si ces mots avaient le sens qu'il leur donne, la rente dont ils parlent serait et aurait été dans les anciens principes une simple rente constituée; or, et dans l'Exposé des motifs devant le Corps législatif, et dans le Rapport fait à ce Corps au nom du Tribunat, il est dit et répété que l'article (dans lequel on avait compris d'abord, par inadvertance, les rentes constituées) n'est relatif qu'aux rentes foncières.

IV. — 389. Au reste, notre article ne déclare rachetable que la rente foncière établie à perpétuité ; et d'après l'art. 1911, la rente constituée n'est également rachetable que quand elle est *en perpétuel*.

Ainsi, 1° la rente viagère, qu'elle soit foncière ou simplement constituée, ne peut jamais être rachetée par le débiteur, quand même il offrirait, en remboursant le capital, de renoncer à la répétition des arrérages payés (art. 1979); 2° si je vous livre un immeuble moyennant une redevance annuelle en argent ou en fruits, pour 50, 60 ou 80 années, soit que l'immeuble doive vous rester après ce laps de temps, soit qu'il

doive demeurer mien, vous ne pourrez pas vous libérer, par le versement d'un capital, de l'obligation d'acquitter les redevances pendant le temps déterminé. Dans le premier cas, c'est-à-dire quand l'immeuble vous est abandonné en propriété, c'est une vente qui a pour prix la rente temporaire; dans le second, quand l'immeuble reste mien, c'est la concession d'une emphytéose, ou d'un usufruit, ou d'un simple bail, selon l'intention qu'ont eue les parties (et qui se manifesterait par les termes du contrat et les circonstances de l'acte). Dans tous les cas, la rente ou le prix du bail doivent se payer jusqu'à la fin, pourvu que la redevance ne doive pas durer plus de 99 ans (L. 18-29 décembre 1790, art. 1). Une rente pourrait aussi être établie sur plusieurs têtes, pourvu que ces têtes n'excédassent pas le nombre de trois (*ibid.*).

Mais si la rente excédait trois têtes ou le terme de 99 ans, elle serait remboursable; sans quoi on pourrait éluder la loi, en établissant la rente pour 30 ou 40 existences d'homme, ou pour 1 000 ou 1 100 ans... Notre article est la reproduction et la confirmation de la loi de 1790; il entend donc par rente établie à perpétuité, celle dont la durée devrait dépasser 99 ans ou trois existences d'homme.

533. — Le mot *meuble,* employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas l'argent comptant, les pierreries, les dettes actives, les livres, les médailles, les instruments des sciences, des arts et métiers, le linge de corps, les chevaux, équipages, armes, grains, vins, foins et autres denrées; il ne comprend pas aussi ce qui fait l'objet d'un commerce.

534. — Les mots *meubles meublants* ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries, lits, siéges, glaces, pendules, tables, porcelaines et autres objets de cette nature.

Les tableaux et les statues qui font partie du meuble d'un appartement y sont aussi compris, mais non les collections de tableaux qui peuvent être dans les galeries ou pièces particulières.

Il en est de même des porcelaines : celles seulement qui font partie de la décoration d'un appartement, sont comprises sous le dénomination de *meubles meublants.*

535. — L'expression *biens meubles,* celle de *mobilier* ou d'*effets mobiliers,* comprennent généralement tout ce qui est censé meuble d'après les règles ci-dessus établies.

La vente ou le don d'une maison meublée ne comprend que les meubles meublants.

536. — La vente ou le don d'une maison, avec tout ce qui s'y trouve, ne comprend pas l'argent comptant, ni les dettes actives et autres droits dont les titres peuvent être déposés dans la maison; tous les autres effets mobiliers y sont compris.

SOMMAIRE.

I. Inutilité de ces articles. Dangers qu'il y aurait à les suivre.
II. Division des meubles corporels en choses fongibles et non fongibles, et en choses se consommant ou ne se consommant pas par l'usage. Erreur de Pothier, Toullier, Delvincourt.

I. — 390. Ces articles nous paraissent parfaitement inutiles dans le Code. Ce n'est plus là du droit, c'est de la grammaire. Or, le législateur ne doit pas se faire grammairien, et un Code n'est pas un dictionnaire de la langue. C'est toujours d'après l'intention de la personne qui a parlé qu'on doit interpréter ses paroles; et cette intention se découvrira par l'usage reçu, par l'ensemble et la comparaison des diverses parties de l'acte, par l'examen des circonstances, beaucoup mieux que par l'application de règles posées *à priori*. Nos quatre articles reviennent à dire qu'*il faudra toujours rechercher l'intention, la pensée* (1). Or, cette proposition, qui résume à elle seule les articles, était elle-même inutile à écrire, tant est évidente l'idée qu'elle exprime. Les quatre articles peuvent donc être rayés du Code.

Et non-seulement il est inutile de vouloir ainsi préciser le sens des mots par des règles absolues posées à l'avance, mais c'est dangereux. Ainsi, par exemple, le tuteur d'une petite fille encore au berceau doit faire vendre *les meubles* de la succession qui échoit à cette enfant, pour transformer en capitaux productifs des choses dont la conservation en nature ne donnerait aucun bénéfice et serait peut-être à charge (art. 452). Or, d'après notre art. 533, « le mot *meubles*, ainsi employé seul, ne comprend pas les livres, les médailles, les instruments des sciences et arts, les chevaux et équipages, les vins et autres denrées. » Donc, le tuteur ne devra pas vendre ces différents objets; il devra payer à grands frais la location de granges, d'écuries, caves et autres bâtiments, de palefreniers et autres domestiques, pour conserver en nature les nombreux chevaux, les foins, les vins, les équipages et autres objets du vieux parent qui vient de mourir, lesquels, après ces dépenses faites, n'auront pas le quart de leur valeur actuelle quand la jeune fille les recevra à sa majorité !!! C'est-à-dire que, pour suivre l'idée de l'art. 533, il faudrait aller en sens diamétralement contraire au but que s'est proposé l'art. 452... Ainsi encore, sur le point de quitter Paris pour aller me fixer en province, et pour éviter un déménagement coûteux, je vends à un tapissier *tout mon mobilier*. Or, l'art. 535 déclare que l'expression *mobilier* signifie tout ce qui est censé meuble, d'après les règles de notre chapitre. Donc, mon tapissier va se trouver propriétaire de mes rentes, de mes capitaux placés sur hypothèques, de mes actions dans

(1) *Voy.* Paris, 21 juin 1806; Bruxelles, 9 mars 1813; Bordeaux, 11 juin 1828; Rejet, 28 fév. 1832; Rejet, 1er août 1832; Rejet, 3 mars 1836; Rejet, 3 mai 1837; Caen, 17 nov. 1847; Caen, 14 déc. 1847 (Dev., 32, I, 246 et 797; 36, I, 760; 37, I, 718; Dall., 48, II, 180 et 182); Bourges, 9 mai 1848 (Dev., 48, II, 585; Dall., 48, II, 111); Cass., 20 mars 1854 (Dev., 54, I, 699; Dall., 54, I, 187); Cass., 20 juin 1854 (Dev., 54, I, 476; Dall., 54, I, 231); Nîmes, 28 juill. 1857 (Dev., 57, II, 728); Agen, 6 mars 1860 (Dev., 60, II, 251; *J. Pal.*, 60, 859).

des compagnies de finance, etc., etc. : je lui ai tout vendu, sans m'en douter, en lui vendant mon mobilier !

C'est-à-dire que non-seulement les règles posées dans nos quatre articles ne serviront jamais à rien, mais qu'il est même des cas où l'on devra prendre grand soin de s'en écarter. Il est vrai qu'on les suivra quand aucune circonstance n'indiquera une pensée différente; mais on fera alors ce qu'on ferait également si ces textes n'existaient pas.

II. — 391. Avant de passer au chapitre III, donnons, sur notre chapitre, un dernier mot d'explication, rendu nécessaire par une erreur assez généralement répandue.

Il est des auteurs qui, après avoir indiqué la division des biens en meubles et immeubles, et celle de chaque espèce en biens corporels et incorporels, subdivisent les meubles corporels en choses *fongibles* et *non fongibles,* et présentent cette subdivision comme le complément de ce chapitre II de notre titre (*voy*. Delvincourt, I, p. 142).

Il y a en cela inexactitude profonde. Car il s'agit ici des biens considérés en eux-mêmes dans leur nature; or, en elles-mêmes, et d'après leur nature, les choses ne sont ni fongibles, ni non fongibles. En effet, une chose ne devient fongible ou non fongible que dans le cas particulier où elle est livrée à quelqu'un pour être rendue plus tard ; et la même chose peut être tantôt fongible, tantôt non fongible, selon la volonté des personnes.

Ce qui a fait dire, à tort, que les meubles sont fongibles ou non fongibles, c'est la confusion qu'on a faite entre deux qualités très-différentes l'une de l'autre, celle d'être fongible et celle de se consommer par l'usage. Les anciens auteurs, notamment Pothier (*Obligations,* n° 624), et plusieurs auteurs modernes, notamment Toullier (VI, 143), sur l'inexactitude duquel les notes de M. Duvergier gardent le silence, définissent les choses fongibles, celles qui se consomment par le premier usage qu'on en fait ; et les rédacteurs du Code ont accepté cette même idée, d'après Pothier (art. 587 et 1892). Mais c'est là une grave erreur : il y a une grande différence entre les choses *fongibles* et les choses de *consommation.*

392. 1° On appelle choses de consommation celles que l'on ne peut employer à leur usage naturel sans les détruire, soit matériellement (comme le pain, le vin, le blé, les fruits, etc.), soit civilement, en les faisant sortir de notre patrimoine (comme l'argent monnayé) ; celles, par conséquent, pour lesquelles le simple usage (*usus*) est en même temps l'usage définitif (*abusus*). Les choses de non-consommation sont celles qui sont susceptibles d'un usage répété, et qu'on peut employer plus ou moins longtemps à leur destination naturelle, sans les détruire : *quorum usus non est abusus* (comme un cheval, des livres, des vêtements, etc.).

On voit que la qualité de se consommer ou de ne pas se consommer par le premier usage tient à la nature même des choses, qu'elle est indépendante de la fantaisie des personnes, et qu'il est très-logique de dire que tous les meubles corporels, considérés en eux-mêmes,

se divisent en choses de consommation et choses de non-consommation.

2° Maintenant, les choses sont fongibles ou non fongibles selon que, dans la livraison que j'en fais à une personne qui doit me les rendre, ces choses pourront être rendues par d'autres choses de mêmes espèce, quantité et qualité, ou devront l'être par elles-mêmes. Si (ce qui arrive souvent dans les campagnes) je vous prête un pain de douze livres pour lequel vous me rendrez un autre pain de douze livres quand vous en aurez fait, ce pain est fongible, parce que les deux pains, d'après notre intention, doivent se remplacer l'un par l'autre : *Alter alterius vice* FUNGITUR ; si, au contraire, un boulanger prête au boulanger son voisin une dizaine de pains, dont celui-ci doit seulement garnir sa montre pendant quelques heures, et sans pouvoir en disposer, parce que le premier tient à reprendre les mêmes pains, ces pains sont des choses non fongibles. Si je vous prête mon Code sur lequel se trouvent des notes et auquel je tiens, le livre n'est pas fongible ; si, au contraire, un libraire de province, pour satisfaire une pratique, emprunte à son confrère un exemplaire du Code, qu'il lui rendra quand il aura reçu ceux qu'il attend de Paris, le livre est fongible.

On voit donc 1° que la fongibilité, au lieu de tenir à la nature des choses, comme la qualité de se consommer par l'usage, tient uniquement à l'intention des parties ; 2° qu'au lieu d'être absolue et continuelle, elle est purement accidentelle et ne se présente que dans un cas tout particulier, celui où la chose est livrée pour être rendue ; 3° qu'une chose *de consommation* (ce que l'on prétend synonyme de *fongible*) peut fort bien n'être pas fongible, comme le prouve l'exemple du boulanger ; 4° qu'au contraire, une chose qui n'est pas de consommation peut fort bien être fongible, comme le prouve l'exemple du libraire.

CHAPITRE III.

DES BIENS DANS LEUR RAPPORT AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT.

393. Considérés, non plus en eux-mêmes, mais par rapport à leurs propriétaires, les biens se divisent en cinq classes principales : 1° les biens de l'État, ou biens nationaux ; — 2° les biens des communes ; — 3° les biens des établissements publics ; — 4° les biens formant les majorats ; — 5° enfin, les biens ordinaires des particuliers.

Les deux premières de ces cinq classes se subdivisent chacune en deux espèces. En effet, parmi les biens de l'État, on distingue 1° ceux qui ne sont pas susceptibles de propriété privée, qui ne pourraient appartenir à des particuliers qu'en changeant de nature, et qui sont par conséquent hors du commerce, inaliénables et imprescriptibles : on les appelle spécialement *biens du domaine public ;* 2° ceux qui, bien qu'appartenant à l'État, sont de nature à pouvoir appartenir à des particuliers, et par conséquent se trouvent dans le commerce, aliénables et prescriptibles. Cette même distinction s'applique aux biens commu-

naux. On pourrait appeler les uns biens publics de l'État ou des communes, et dire que les autres sont leurs biens privés. C'est d'une partie des biens privés de l'État que se constituait la dotation de la couronne, dotation qui n'était réellement qu'un majorat : c'était le premier majorat de France.

Il existe donc en tout sept catégories de biens, indiquées pour la plupart, mais non pas toutes, par les articles de notre chapitre :

1° Les biens publics de l'État ou choses du domaine public (art. 538 et 540) ;

2° Les biens privés de l'État (art. 539 et 541) ;

3° Les biens publics des communes (art. 542) ;

4° Les biens privés des communes (*ibid.*) ;

5° Les biens des établissements publics (art. 1712 et 2227) ;

6° Les biens, de l'État ou des particuliers, formant la dotation d'un majorat (art. 542 et 896) ;

7° Les biens ordinaires des particuliers (art. 537).

537. — Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois.

Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers, sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières.

I. — 394. Les particuliers ont la pleine et entière maîtrise de leurs biens, sauf les restrictions apportées à leur droit privé dans un but d'intérêt général (*voy.* art. 544 et 545).

Cette maîtrise absolue n'existe cependant que pour les particuliers majeurs et capables. Les biens des mineurs et des interdits sont soumis, pour leur administration et leur aliénation, à des formes et à des règles particulières, ainsi qu'on l'a vu aux titres *De la Tutelle* et *De l'Interdiction.*

Il en est de même, d'après le deuxième alinéa de notre article, des biens qui n'appartiennent pas à des particuliers ; eux aussi sont soumis à un système de protection analogue à la tutelle et qui appelle des règles spéciales pour leur administration et leur aliénation. Et il faut remarquer que ce deuxième alinéa ne parle que des biens qui, n'appartenant pas à des particuliers, sont cependant dans le commerce ; car les autres, ainsi que nous venons de le dire, ne sont pas susceptibles d'aliénation.

538. — Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public.

395. Toutes les choses indiquées par cet article sont des biens du domaine public et rentrent dans la première des sept classes présentées plus haut.

Les grandes routes impériales (appelées *routes royales* sous la monarchie) sont seules à la charge de l'État : encore celles de troisième et dernière classe sont-elles, non-seulement pour leur entretien, mais même pour leur construction, à la charge commune de l'État et des départements. Les rues formant la continuation de ces grandes routes sont soumises à la même règle (1). — On appelle *fleuves* les grands cours d'eau qui vont se jeter à la mer, et *rivières* ceux qui tombent dans un fleuve ou une autre rivière. Une rivière est navigable quand elle peut porter des bâtiments ; elle est flottable, dans le sens de notre article, quand elle peut porter des trains ou radeaux ; les rivières flottables à bûches perdues seulement ne font point partie du domaine public. (On conçoit qu'une même rivière peut être navigable dans une partie, flottable avec radeaux dans une autre, flottable à bûches perdues au-dessus, enfin non flottable dans la partie supérieure de son cours.) C'est, du reste, à l'autorité administrative qu'il appartient de déclarer si une rivière est ou n'est pas navigable ou flottable (2).

On appelle rivages de la mer la partie de terre que couvre le flot dans les hautes marées (3). — Les lais sont les terres que la mer ou les cours d'eau apportent le long des rivages ; les relais sont les parties du sol que la mer ou les cours d'eau abandonnent et découvrent en se retirant insensiblement. Les lais et relais des fleuves et rivières appartiennent, comme leurs rivages, aux particuliers.

On appelle rade la partie de la mer dans laquelle les bâtiments peuvent *mouiller,* c'est-à-dire jeter l'ancre et s'arrêter sans danger, avant d'entrer dans le port.

539. — Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public.

I. — 396. Cet article, en attribuant à l'État tous les biens vacants et

---

(1) Les chemins de fer font partie du domaine public, alors même qu'ils ont été concédés à des compagnies. Conseil d'État, 8 fév. 1851 (Dev., 51, II, 450) ; Cass., 15 mai 1861 (Dev., 61, I, 888; Dall., 61, I, 225; *J. Pal.*, 61, 911).

On sait que, depuis 1836, la classification des routes et chemins est celle-ci : *Routes impériales* (de 1re, 2e et 3e classe) ; *routes départementales;* puis *routes vicinales* (ou grandes lignes vicinales, ou encore chemins vicinaux de grande communication), et *chemins vicinaux* ordinaires, ou simples chemins communaux (Décr. du 16 déc. 1811; loi du 21 mai 1836). *Voy.* aussi loi du 8 juin 1864.

(2) Cons. d'État, 5 sept. 1846; 31 mars 1847 (Dev., 46, II, 662; 47, II, 426); Trib. des conflits, 21 juin 1850 (Dev., 50, II, 617). *Voy.* encore Cass., 23 mai 1849 (Dev., 51, I, 120; *J. Pal.*, 51, II, 460); Cons. d'État, 19 juill. 1860 (Dev., 61, II, 317); Cass., 20 mai 1862 (Dev., 63, I, 127; *J. Pal.*, 63, 514).

Les rivières non navigables ni flottables ne sont pas la propriété des riverains. Cass., 10 juin 1846 (Dev., 46, I, 433; Dall., 46, I, 177); Cass., 6 mai 1861 (Dev., 61, I, 958; Dall., 61, I, 273).

(3) *Voy.* Cass., 6 fév. 1849; 17 nov. 1852; 18 avr. 1855; 11 avr. 1860 (Dev., 49, I, 351; 52, I, 789; 55, I, 735; 60, I, 523).

sans maître (disposition reproduite dans l'art. 713), et en rejetant ainsi le droit du premier occupant, n'entend parler que des immeubles; car pour les meubles, l'occupation est admise comme moyen d'acquérir par les art. 715, 716 et 717.

Les biens dont il s'agit ici entrent dans le domaine privé de l'État et appartiennent à la seconde des sept classes indiquées plus haut. Ils sont dans le commerce et susceptibles de prescription et d'aliénation. On voit, du reste, que le Code emploie les expressions l'*État* ou le *domaine public* comme synonymes; il eût été plus logique de leur attribuer à chacune un sens propre.

540. — Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses, font aussi partie du domaine public.

541. — Il en est de même des terrains, des fortifications et remparts des places qui ne sont plus places de guerre : ils appartiennent à l'Etat, s'ils n'ont été valablement aliénés, ou si la propriété n'en a pas été prescrite contre lui.

I. — 397. Quoique les rédacteurs semblent assimiler les objets dont il est question dans ces deux articles, en commençant le second par ces mots : *il en est de même,* il y a cependant une grande différence de l'un à l'autre cas. Les terrains et fortifications qui sont actuellement places de guerre sont des biens *du domaine public,* hors du commerce, inaliénables et imprescriptibles; au contraire, les terrains et fortifications qui ont été, mais qui ne sont plus places de guerre, ne sont plus que biens privés de l'État, tombés dans le commerce, et susceptibles d'être aliénés et de s'acquérir par prescription. C'est, au reste, ce qu'indique la fin de notre art. 541, qui dit qu'ils n'appartiennent plus à l'État, s'ils ont été aliénés ou prescrits.

542. — Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis.

I. — 398. Cet article nous présente, sous l'expression générique de *biens communaux,* les biens formant la troisième et la quatrième des sept classes énumérées ci-dessus.

Ces biens, avons-nous dit, sont de deux espèces : les biens communaux, hors du commerce, inaliénables et imprescriptibles, comme les biens du domaine public; puis les biens communaux dans le commerce, aliénables et prescriptibles. Dans la première espèce se rangent les églises et les cimetières, les chemins, routes et rues appartenant aux villes, bourgs ou villages.

L'article appelle biens communaux les biens au produit desquels les communes ont droit. En effet, en même temps que ces biens sont biens de l'État ou des particuliers quant à la propriété, ils sont biens communaux quant à la jouissance ou à l'usage. Rigoureusement par-

lant, ce n'est pas la chose, la forêt, par exemple, qui est alors bien communal, c'est le droit d'user ou le droit de jouir de cette forêt; mais comme ce droit d'user ou de jouir constitue un bien immeuble par son objet, il est toujours vrai de dire qu'il y a, dans ce cas, un bien communal, un immeuble communal.

II. — 399. La loi ne s'occupe dans notre chapitre ni des biens des établissements publics, ni des biens composant les majorats.

Le Code parle des premiers dans les art. 1712 et 2227. Nous parlerons des autres sous l'art. 896. Disons seulement ici qu'on appelle *majorat* un ensembe de biens affectés à un titre héréditaire et devant se transmettre dans une famille, de mâle en mâle et par ordre de primogéniture, à celui qui sera revêtu de ce titre. Le premier majorat de France était, nous l'avons dit, la dotation de la couronne, composée de biens dont la propriété appartenait à la nation et la jouissance au roi. Elle comprenait les Tuileries, le Louvre, l'Élysée-Bourbon; les châteaux, maisons, bâtiments, manufactures, corps de fermes, terres, prés, bois et forêts des domaines de Versailles, Saint-Cloud, Saint-Germain, Compiègne, Fontainebleau, Pau, etc., ainsi que les diamants, perles, pierreries, statues, musées, bibliothèques, meubles meublants, etc., compris dans ces divers palais et établissements (L. du 2 mars 1832). Cette dotation a disparu avec la royauté (1), et quant aux autres majorats, nous verrons sous l'art. 896 que ceux qui ne sont pas actuellement supprimés tomberont promptement par l'effet des deux lois du 12 mai 1835 et du 11 mai 1849.

III. — 400. Il ne faut pas perdre de vue ce que nous avons dit en commençant l'explication de ce titre, que le Code, après s'être occupé *des personnes* dans le livre I, traite dans le livre II *des droits* que ces personnes peuvent avoir sur les choses, pour nous indiquer dans le livre III et dernier *les moyens d'acquérir* ces droits. Les droits sur les choses sont donc le véritable objet de notre livre, lequel n'a parlé d'abord des différentes natures de biens que pour faire comprendre les natures corrélatives des droits qui frappent sur ces biens.

C'est par un retour à cette idée capitale et par l'indication des droits qu'on peut avoir sur les choses meubles ou immeubles, que le Code va terminer ce titre.

543. — On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.

SOMMAIRE.

I. Il existe sur les choses (*in re*) trois espèces de droits, qui font l'objet de trois autres titres de ce livre.

II. Mauvaise rédaction de l'article. Elle est une suite de la confusion faite par la loi entre la *res* et le *dominium in re*.

III. Pourquoi notre article ne parle que des droits *in re*.

---

(1) Depuis l'empire, elle a été rétablie et déterminée par le sénatus-consulte du 12 décembre 1852, qui fixe en même temps la liste civile de l'empereur.

I. — 401. On peut avoir (non pas sur les *biens,* comme le dit l'article, mais sur les *choses*) trois espèces de droits, lesquels vont être séparément expliqués dans les trois titres suivants :

1° Droits de propriété, soit pleine, soit démembrée plus ou moins par la création d'un ou plusieurs droits des deux autres classes (tit. II).

2° Droits de jouissance ou servitudes personnelles, lesquels comprennent l'emphytéose, l'usufruit et l'usage (tit. III);

3° Droits de servitudes réelles, lesquels varient à l'infini (tit. IV).

Les droits des deux premières classes, à l'exception pourtant de l'emphytéose, s'appliquent aux choses meubles comme aux choses immeubles ; on peut avoir, par exemple, un droit d'usage sur un troupeau, et le droit d'habitation sur un bâtiment qui serait meuble, parce qu'il serait simplement posé sur le sol, sans fondements ni pilotis. Ceux de la troisième classe ne peuvent jamais exister qu'entre des immeubles.

Les notions nécessaires pour se faire une idée juste de ces différents droits se trouvent dans les développements que nous avons donnés sous l'art. 526 et auxquels nous renvoyons.

II. — 402. Notre article nous paraît demander deux observations sans lesquelles sa disposition laisserait beaucoup de vague dans l'esprit.

D'abord, l'article parle de droits *sur les biens ;* il est clair qu'il veut dire *sur les choses.* Dire d'abord (comme l'a fait la loi dans les articles 517 à 525, 527, 528, 531 et 532) que les choses corporelles sont par elles-mêmes des biens ; ensuite, que les droits sont aussi des biens (art. 526, 529 et 530) ; puis, enfin, que l'on peut avoir des droits sur les biens, c'est se jeter et jeter le autres avec soi dans une inextricable confusion, dans un *tohu-bohu* d'idées incohérentes au milieu desquelles il est impossible de se reconnaître.—Ainsi, quand j'ai une maison, j'ai un bien immeuble corporel d'après l'art. 518 ; mais j'ai aussi, d'après notre article, un droit de propriété sur cette maison, lequel est distinct de la maison et constitue évidemment (c'est d'ailleurs ce que nous dit le dernier alinéa de l'art. 526) un bien immeuble incorporel : j'ai donc deux biens immeubles l'un sur l'autre!... Maintenant on me dit que sur les biens dont ce titre premier a parlé, lesquels comprennent *tous les droits* possibles, je puis avoir tels et tels droits : j'aurai donc des droits sur des droits!... Rien n'était plus facile que de sortir de cet imbroglio, dont le germe, il est vrai, se trouvait dans la loi romaine, mais que nos rédacteurs, au lieu de l'éviter, ont développé et complété d'une manière vraiment fâcheuse.

Il fallait appeler *choses, res,* les objets matériels sur lesquels frappent nos droits ; puis n'appeler *biens, bona,* que les droits dont ces choses sont l'objet : le bien serait ainsi le droit de la personne sur la chose ou à la chose (*in re* ou *ad rem*). Ces biens ou droits seraient, du reste, réputés meubles ou immeubles, comme ils le sont dans le Code, mais ils seraient tous incorporels : ils ne seraient meubles ou immeubles que par leur objet ou par la détermination de la loi ; les choses seulement seraient telles par leur nature.

De cette manière, le propriétaire d'une maison n'aurait pas un bien immeuble par nature, savoir, la maison; il aurait un bien (incorporel) immeuble par son objet, savoir, la propriété de cette maison : le bien ne serait plus tantôt la chose sur laquelle frappe le droit, et tantôt le droit qui frappe sur la chose. La rédaction de la loi ne parlerait plus de biens sur les biens et de droits sur les droits; il n'y aurait plus double emploi, contradiction : tout serait simple et logique.

III. — 403. Cet article, qui est comme le sommaire des trois titres suivants, nous parle bien des droits qu'on peut avoir sur les choses, *jura in re;* mais il ne parle pas, et le reste du livre ne parle pas non plus des autres droits, des autres biens incorporels, meubles ou immeubles, qu'on peut avoir également, non plus *in re,* mais *ad rem.* Pourquoi cela? Dans le livre Ier, on nous a parlé des personnes: ici, on parle des biens, des droits que peuvent avoir les personnes; puis le livre III et dernier nous dira par quels moyens on acquiert ces droits: pourquoi donc ces droits ne se trouvent-ils pas *tous* indiqués dans notre livre II?...

La raison en est simple et facile à saisir... Tous les droits possibles se divisent en ces deux classes : *jura in re, jura ad rem.* Or, de ces deux droits, il en est un qui est un avantage par lui-même, qui me procure une utilité immédiate, qui est vraiment et actuellement un bien pour moi : c'est le *jus in re.* Quant au *jus ad rem,* il n'est qu'une expectative; c'est l'attente d'un bien futur, qui, à la vérité, ne peut pas manquer de m'arriver, mais que je ne possède pas encore : en général, le droit *ad rem* n'est un bien qu'en tant qu'il conduit au droit *in re.* Ainsi, quand vous êtes dans l'obligation de me procurer la propriété d'une maison, ou l'usufruit d'une ferme, ou une somme d'argent, mon *jus ad rem* ne signifie actuellement rien pour moi; il ne me sera utile que quand votre obligation s'exécutera et que j'obtiendrai la maison, l'usufruit ou l'argent, le *jus in re,* enfin. Il est bien vrai que ma créance, mon droit *ad rem,* pour obtenir de l'argent ou toute autre chose, pourrait me procurer une utilité immédiate, actuelle, si je le vendais ou cédais à quelqu'un qui me donnerait de suite de l'argent ou quelque autre objet; mais ici encore je n'obtiendrais cette utilité immédiate qu'en transformant mon droit *ad rem* en un droit *in re* sur l'objet que je recevrais.

Or, puisque mon droit *ad rem* n'est qu'un moyen d'arriver au *jus in re* par l'exécution de l'obligation corrélative à mon droit, il était tout naturel que le Code rejetât les droits *ad rem* dans le livre III, parmi les moyens d'acquérir les droits *in re,* c'est-à-dire la propriété et ses démembrements. C'est ce qu'il a fait : les dispositions générales du livre III (art. 711-717) indiquent, comme moyens d'acquérir la propriété, l'occupation, la prescription, l'accession, la donation et l'*effet des obligations* (art. 711).

L'hypothèque étant un de ces droits *ad rem,* lequel doit me conduire plus tard au *jus in re* sur l'argent dû, une obligation de l'immeuble, laquelle doit me procurer la propriété de cet argent, c'était évidemment

dans ce livre III, parmi les moyens d'acquérir, que la loi devait la ranger; c'est ce qu'elle a fait également.

RÉSUMÉ DU TITRE PREMIER.

DE LA DISTINCTION DES BIENS.

I. — On appelle *biens* les choses susceptibles de procurer à l'homme un certain avantage et d'être soumises à sa possession pour constituer son patrimoine.

Les biens donnent lieu à des observations différentes, selon qu'on les considère en eux-mêmes ou dans leur rapport avec ceux qui les possèdent.

CHAPITRE PREMIER.

DES BIENS CONSIDÉRÉS EN EUX-MÊMES.

II. — Les biens sont corporels ou incorporels. — Les biens corporels sont les choses matérielles appartenant à la personne; les biens incorporels sont les droits que la personne peut avoir relativement aux choses qui ne lui appartiennent pas.

Nous n'appelons ici biens incorporels que « les droits relatifs à une chose *qui n'appartient pas* », afin de nous mettre d'accord avec la théorie (illogique) de la loi. D'après le Code, on ne peut pas appeler biens incorporels tous les droits relatifs aux choses; puisque, quand il s'agit du droit qui fait la chose mienne, du droit de propriété, le Code, au lieu de dire que j'ai un *droit* sur la chose, dit que j'ai la *chose,* ce qui forme un bien corporel. Nous allons revenir sur ces idées à la fin du chapitre Ier. — On comprend que si nous parlons de droits qu'on a *relativement* aux choses, au lieu de dire *sur* les choses, c'est pour embrasser le simple *jus ad rem* avec le *jus in re.*

Tous les biens, tant corporels qu'incorporels, se divisent en meubles et en immeubles.

SECTION PREMIÈRE.

DES BIENS IMMEUBLES.

III. — Les biens immeubles sont de quatre classes :

1° Les immeubles par nature;

2° Les immeubles par destination, ou plutôt par accession;

3° Les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent;

4° Les immeubles par la simple détermination de la loi (art. 517).

IV. — Première classe. — Les immeubles par nature sont : 1° les choses matérielles qui se trouvent par elles-mêmes immobiles et non susceptibles d'être transportées d'un lieu à un autre, ce qui n'a lieu que pour le sol; puis, 2° les choses corporelles, mobilières par elles-

mêmes, qui se trouvent *réellement* immobilisées par leur accession *physique* (médiate ou immédiate) avec le sol, pourvu que cette accession présente un caractère de perpétuité.

V. — Cette seconde espèce comprend d'abord les différentes productions de la terre, venant sans culture ou par la culture : ainsi, les arbres, arbustes, plantes diverses, légumes, grains et récoltes quelconques sont, ainsi que leurs fruits, réputés immeubles par nature, tant qu'ils ne sont pas séparés du sol, quand même l'époque ordinairement fixée pour la séparation serait arrivée (art. 520 et 521).

VI. — Elle comprend également toutes les constructions inhérentes au sol : ainsi, non-seulement les maisons, écuries, granges, mais aussi des moulins à vent ou à eau sont immeubles par nature, quand ils sont élevés sur fondements ou pilotis. Et puisque la construction, quand elle est inhérente au sol, est immeuble par nature, elle l'est nécessairement dans toutes ses parties : ainsi, le bâtiment immeuble rend immeuble le moulin non fixé par piliers qui fait partie de ce bâtiment ; ainsi, une maison est immeuble non-seulement quant aux pierres, briques, moellons, charpentes, dont l'ensemble constitue la carcasse du bâtiment, mais aussi quant aux fenêtres, portes, serrures et verrous, gouttières, balcons, rampes, lambris, parquets, chambranles, piédestaux scellés de statues, et tous autres objets dont la réunion physique forme un seul et même tout, immobilisé par son adhérence au sol (art. 519 et 523-525).

Parmi les constructions inhérentes au sol se trouvent évidemment les forges, les cuves, chaudières et tonnes fixées en terre ou sur terre par un scellement en maçonnerie ou autre, dans les buanderies, brasseries, papeteries, teintureries ou autres usines (*ibid.*).

VII. — Mais il faut que l'accession physique avec le sol, médiate ou immédiate, soit réalisée dans un but de perpétuité. Ainsi, les arbres d'une pépinière, quoique inhérents au sol immédiatement, et les enseignes fixées temporairement à une maison, quoique réellement unis à ce même sol (médiatement), ne sont pas des immeubles par nature.

Il est bien vrai que la plupart des arbres qui ne sont point en pépinière (les taillis surtout), puis les légumes, les fruits, les blés et autres récoltes ne sont pas unis au sol dans un but de perpétuité absolue ; ils n'y doivent pas rester unis *toujours*. Mais ils doivent y être unis tant que le permet l'ordre ordinaire des choses, et leur nature seule marquera le moment de la séparation (art. 521).

VIII. — Deuxième classe. — On doit appeler immeubles par destination ou par accession les choses qui, mobilières par elles-mêmes, se trouvent *moralement* unies à une autre chose immeuble par nature ; en d'autres termes : les objets qui se trouvent être l'accessoire d'un immeuble intentionnellement et dans l'ordre moral des choses, sans l'être physiquement.

IX. — Cette accession morale, ce rapport intime entre l'immeuble et l'objet mobilier, existe quelquefois par la nature même des choses :

ainsi, les pigeons d'un colombier, les poissons d'un étang, les lapins d'une garenne et tout gibier enfermé dans un parc, n'étant pas possédés par eux-mêmes, mais seulement comme faisant partie du colombier, de l'étang, de la garenne ou du parc, ne font qu'un seul tout avec les immeubles, et sont immeubles par eux et avec eux. Les titres de propriété d'un immeuble, les clefs des appartements, les échalas d'un vignoble ne font également qu'un seul tout avec l'immeuble (art. 523-525).

X. — Souvent, au contraire, cette accession morale qui doit immobiliser l'objet n'existe que quand cet objet a été placé sur le fonds par le propriétaire lui-même. Ainsi, sont immeubles par destination, sous cette condition d'avoir été mis sur le fonds par le propriétaire : les chevaux et autres animaux directement attachés à la culture ; — les troupeaux attachés à un fonds, sans qu'il y ait à considérer, quand ils sont livrés à un locataire, s'ils sont estimés ou non; les pailles et autres engrais destinés à rester sur le fonds ; — les semences, conservées sur ce fonds pour son besoin, tant qu'elles ne sont pas jetées en terre, et les arbres actuellement en pépinière sur ce même fonds; — les ustensiles aratoires ; — les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes, lorsqu'ils ne sont ni scellés ni montés de manière à être inhérents aux bâtiments ; les chevaux, agrès et ustensiles divers servant au travail intérieur des mines; — les statues simplement posées sur piédestal scellé, ou dans une niche pratiquée pour les recevoir, etc., etc. ; — en un mot, tous les objets mobiliers unis moralement seulement à un fonds, à toujours et par son propriétaire, pour l'exploitation, l'utilité ou l'ornement de ce fonds (*ibid.*).

Bien entendu, quand nous disons que ces différents objets, unis à perpétuité à un fonds, par son propriétaire, deviennent immeubles comme et avec ce fonds, nous supposons que ce propriétaire avait le droit de les y placer; sans cela, ils continueraient d'être meubles et resteraient la propriété de celui à qui ils appartenaient avant la réunion (*ibid.*).

XI. — Ces deux premières classes d'immeubles ne comprennent, comme on voit, que des choses corporelles ; les deux suivantes se composent d'immeubles incorporels ou droits immobiliers.

XII. — Troisième classe. — Sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent : 1° les droits qui reposent sur un immeuble (*jura in re immobili*) ; 2° ceux qui tendent à produire un immeuble (*jura ad rem immobilem*).

La première espèce comprend tout droit formant un démembrement de la propriété d'un immeuble : l'usufruit, l'emphytéose, l'usage et toutes les servitudes réelles; la seconde embrasse tous les droits par l'exécution desquels on doit acquérir soit une chose immobilière, soit un démembrement de la propriété de cette chose immobilière (article 526).

XIII. — Du reste, il n'y a jamais à s'occuper de savoir si le droit est ou n'est pas mis en action par une demande en justice ; l'idée d'ac-

tion n'a aucun rôle à jouer dans la matière qui nous occupe. En effet, si l'on entend par action la réclamation même, ce n'est qu'un fait, et dès lors cette action n'est pas un bien ; ce n'est ni un meuble, ni un immeuble. Que si l'on veut que l'action soit un bien, il faudra pour cela que ce soit un droit, et ce ne pourra pas être un autre droit que le droit primitif lui-même ; l'action sera le droit judiciairement réclamé. Or, qu'un droit soit ou non réclamé, sa nature sera toujours la même (*ibid.*).

XIV. — Il est évident que l'hypothèque n'est pas un droit immobilier, car elle n'est qu'un droit *ad rem mobilem*. Il est vrai que, dans l'hypothèque, il y a un immeuble en jeu ; mais cet immeuble, au lieu d'être l'objet du droit, n'en est que le sujet passif ; il est, à l'instar d'une personne, le débiteur de l'argent. Quant à l'objet du droit, c'est évidemment cet argent, et, par conséquent, une chose mobilière. L'hypothèque n'est donc droit réel qu'en ce qu'elle se poursuit *contre* la chose immeuble, *jus in rem,* et non pas en ce qu'elle demeure *sur* cette chose immeuble, *jus in re.*

Quant au droit d'un locataire d'immeuble, ce n'est pas même un droit réel ; car il ne se poursuit jamais d'une manière absolue, *generaliter, in rem,* mais seulement contre telle personne spécialement obligée. Il est vrai qu'il s'adresse au propriétaire de l'immeuble, quel qu'il soit ; mais c'est toujours en argumentant contre lui d'une obligation toute spéciale qui l'astreint *ad aliquid faciendum aut præstandum,* obligation que tout acquéreur de l'immeuble contracte comme condition de l'aliénation qui lui est consentie. Or, du moment que le droit repose sur l'obligation particulière à telle personne, c'est donc un droit personnel, un droit *ad rem ;* car le droit *in re,* lui, est absolu et identique contre tous, il s'exerce sans l'intermédiaire d'aucune personne et ne suppose aucune obligation particulière (*ibid.*).

XV. — Quatrième classe. — On appelle immeubles par la détermination de la loi certains droits que la loi déclare immobiliers, quoiqu'ils aient des choses mobilières pour objet.

En effet, les rentes sur l'État, quand il s'agit de la formation d'un majorat, puis les actions de la Banque de France et celles de la compagnie des canaux d'Orléans et du Loing peuvent, quoique leur objet soit meuble, ainsi qu'on le verra à la section suivante, être immobilisées par la volonté de leurs propriétaires (art. 526, n° VIII).

SECTION II.

DES BIENS MEUBLES.

XVI. — Les biens meubles sont de deux classes : 1° les meubles par leur nature, et 2° les meubles par leur objet (art. 527).

XVII. — Première classe. — Sont meubles par leur nature les choses corporelles susceptibles de se transporter d'un lieu à un autre, pourvu qu'elles ne soient pas devenues immeubles par destination, par leur accession morale avec un immeuble.

De ce nombre sont les moulins, bains, laveries et autres usines, lorsqu'ils ne sont point fixés par des piliers et ne font point partie d'un bâtiment immeuble. Il en est de même des différents bâtiments de mer et de rivières, si importants qu'ils soient.

Les matériaux assemblés dans le but de construire ou de compléter un édifice, mais non encore employés, sont évidemment meubles. Ceux provenant d'une démolition redeviennent meubles par la séparation opérée. Il n'en serait autrement qu'au moyen de cette double circonstance : 1° qu'une partie seulement de l'édifice serait détruite, et 2° que les matériaux seraient destinés à y être replacés. Dans ce cas, ils seraient toujours une partie, momentanément désunie, d'un édifice qui continue d'exister (art. 528, 531 et 532).

XVIII. — Deuxième classe. — On appelle meubles par leur objet (et aussi par la détermination de la loi) : 1° les droits qui forment un démembrement de la propriété d'une chose mobilière (*jura in re mobili*), et 2° ceux qui tendent à obtenir soit une chose mobilière, soit un démembrement de la propriété de cette chose (*jura ad rem mobilem*). Il n'y a pas plus à distinguer, pour ces droits meubles que pour les droits immeubles (n° XIII), si le droit est ou non mis en action par une demande en justice.

La première espèce comprend l'usufruit et l'usage des choses mobilières. La seconde comprend, entre autres droits, toutes les créances d'argent, notamment les hypothèques, les actions dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, et les diverses rentes (art. 529 et 530).

XIX. — Dans les diverses compagnies industrielles ou financières, dans toutes les sociétés commerciales (sans considérer si leur importance est plus ou moins grande), chaque sociétaire, chaque intéressé ne tend qu'à recevoir une somme d'argent, qu'à obtenir un dividende pécuniaire aussi considérable que possible ; l'argent à gagner est le but unique de l'entreprise, l'argent est l'objet du droit de chaque associé. En conséquence, la loi déclare que, quel que soit l'état momentané de l'actif social, et quand même la société posséderait actuellement des immeubles, l'action ou l'intérêt de chaque associé (c'est-à-dire son droit à une part de l'actif actuel et futur) sera toujours un droit mobilier. Sans doute, les immeubles ne changent pas de nature parce qu'ils appartiennent à une société : cette société, elle, formant une personne morale, distincte de la personne des sociétaires, est vraiment propriétaire d'immeubles, et les biens ne pourraient être poursuivis contre elle par ses créanciers que dans les formes de la saisie immobilière ; mais chaque sociétaire n'est pas propriétaire des immeubles pour sa part, il n'a que sa créance d'argent contre la société. Sans doute encore, quand la société vient à se dissoudre, ce sont les ex-sociétaires qui deviennent, chacun pour sa part, propriétaires des immeubles à la place de l'être moral *société,* qui n'existe plus ; mais tant que cette société existe, elle seule en est propriétaire, et les associés n'ont que leur droit *ad dividendam pecuniam*. Ainsi, dans les sociétés commer-

ciales, les actions ou intérêts sont toujours meubles, mais à l'égard de chaque associé seulement, et seulement tant que dure la société (*ibid.*).

XX. — On appelle *rente* le droit d'exiger des prestations périodiques d'argent ou de denrées. Ces prestations se nomment *arrérages*. Quand le droit est d'une durée illimitée, il y a rente *perpétuelle ;* dans le cas contraire, la rente est temporaire. Le cas le plus fréquent de rente temporaire est celui où le droit ne doit durer que pendant la vie d'une personne déterminée ; il y a alors rente *viagère*.

Autrefois, les rentes perpétuelles suivaient des règles bien différentes, selon qu'elles étaient constituées ou foncières. On appelait rentes *constituées* celles que le rentier avait achetées, *créées* pour lui, par le versement d'un capital, et rentes *foncières* celles qu'il s'était *réservées* sur un immeuble par lui aliéné, et que l'on considérait comme un démembrement, par lui retenu, de la propriété de cet immeuble. Ces dernières suivaient donc partout l'immeuble, véritable débiteur de la rente, et ne pouvaient jamais être rachetées à prix d'argent ; elles étaient toujours des droits réels immobiliers. Quant aux rentes constituées, lesquelles étaient essentiellement rachetables par le débiteur, au moyen du remboursement du capital par lui reçu, elles auraient dû être mobilières ; mais cependant elles étaient réputées immeubles dans la plupart des coutumes.

Aujourd'hui, toutes les rentes perpétuelles sont rachetables par le débiteur, sans qu'il soit possible aux parties contractantes de leur enlever ce caractère (quant au créancier, lui, jamais il ne peut exiger le remboursement). Les rentes établies pour prix ou comme condition de l'aliénation d'un bien immeuble ne sont plus retenues, réservées sur cet immeuble ; l'immeuble est absolument et complétement aliéné, et la rente est tout simplement le produit d'un capital (déterminé par la loi, à défaut de convention des parties), par le remboursement duquel le débiteur peut toujours se libérer. Donc, il n'existe plus de rentes réservées ; toutes les rentes perpétuelles sont maintenant constituées, et toutes aussi sont mobilières.

Cependant on distingue encore, mais dans un autre sens qu'autrefois, les rentes constituées et les rentes foncières : on appelle *foncières* celles que l'on constitue, que l'on crée au moyen de l'aliénation d'un fonds, et *constituées* simples celles que l'on crée par le versement d'un capital ou par tout moyen autre que l'aliénation d'un bien immeuble. Il existe quelque différence entre les unes et les autres. Ainsi, 1° dans la rente foncière, le créancier peut stipuler que le rachat ne pourra se faire avant trente ans ; dans la rente constituée, cette stipulation n'est possible que pour dix ans : si, dans l'un ou l'autre cas, on avait stipulé un délai plus long, la stipulation serait nulle pour l'excédant. 2° Dans la rente foncière, il y a toujours lieu pour le créancier de régler les conditions du rachat : par exemple, le taux du remboursement (lequel est fixé par la loi, dans le silence des parties) ; dans la rente

constituée, il n'y a lieu à ce règlement qu'autant que la rente ne serait pas établie à prix d'argent.

Quant aux rentes viagères et aux autres rentes temporaires, elles ne sont jamais rachetables contre le gré du créancier; mais elles n'en sont pas moins meubles.

Au reste, une rente ne peut être constituée temporairement pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans ou pour plus de trois existences d'homme : celle qui dépasserait l'un ou l'autre terme serait réputée perpétuelle (*ibid.*).

XXI. — Les charges de notaire, avoué, greffier et autres charges cessibles à la volonté du titulaire ou de ses héritiers, ainsi que la propriété littéraire, sont également des biens mobiliers (*ibid.*).

XXII. — Les biens meubles corporels se subdivisent en choses qui se consomment et en choses qui ne se consomment pas par l'usage. Les premières sont celles qu'on ne peut employer à leur usage naturel et ordinaire sans les anéantir, sinon physiquement (comme du pain), au moins civilement, en les faisant sortir du patrimoine (comme l'argent-monnaie). Les secondes sont celles qui, quoique susceptibles peut-être de se détériorer promptement, ne se détruisent cependant pas par le premier usage qu'on en fait.

Il faut bien se garder de confondre cette division avec celle des choses fongibles et non fongibles. Les choses sont fongibles lorsque, en les livrant, on consent que leur restitution se fasse au moyen d'autres choses de mêmes espèce, quantité et qualité. Elles sont non fongibles quand on doit les rendre elles-mêmes. — Une chose de consommation est telle absolument, toujours et par sa nature même; une chose n'est fongible que relativement, accidentellement et par la fantaisie des parties. Une chose de consommation peut n'être pas fongible, et réciproquement (art. 536).

CHAPITRE II.

DES BIENS DANS LEUR RAPPORT AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT.

XXIII. — Les biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, sont soumis à des règles différentes, selon la classe différente des propriétaires auxquels ils appartiennent.

Considérés sous ce rapport, les biens se divisent en 1° biens de l'État ; 2° biens des communes et des autres communautés légalement constituées; et 3° biens des particuliers.

Ces biens peuvent encore subir des règles différentes, selon la destination et le service différents auxquels leurs propriétaires les affectent. Ainsi, les biens de l'État se divisent en biens publics et biens privés; il en est de même de ceux des communes. En outre, les biens privés de l'État et les biens des particuliers peuvent être soumis à un régime spécial, comme formant la dotation d'un majorat. On doit donc, sous le point de vue qui nous occupe ici, distinguer sept espèces de biens :

1° Les biens publics de l'État;
2° Les biens privés de l'État;
3° Les biens publics des communes;
4° Les biens privés des communes;
5° Les biens des établissements publics;
6° Les biens composant un majorat;
7° Enfin, les biens ordinaires des particuliers.

XXIV. — 1° *Biens publics de l'État ou biens du domaine public.* — Ce sont ceux qui, appartenant à l'État, à la nation française, sont affectés à une destination telle qu'ils ne peuvent appartenir qu'à la nation, et ne peuvent tomber, en demeurant ce qu'ils sont, sous le domaine privé d'un individu. Ces biens, dès lors, sont inaliénables et imprescriptibles.

Tels sont les grandes routes et les rues qui en font partie; les fleuves, les rivières navigables ou flottables avec radeaux; les rivages, lais et relais de la mer; les ports, havres et rades; les citadelles, murs, fossés, remparts des places de guerre; les édifices consacrés à un service national, comme les palais des Tuileries, de l'Élysée, du Corps législatif, de la Légion d'honneur; les hôtels des différents ministères; les vaisseaux de ligne, frégates et autres bâtiments de guerre; les canons, fusils, équipages et autres objets formant le matériel de l'armée, etc., etc. (art. 538 et 540).

XXV. — 2° *Biens privés de l'État.* — Ce sont ceux qui, appartenant à l'État, pourraient tout aussi bien appartenir à de simples citoyens sans perdre leur nature et leur destination actuelle.

Tels sont les terrains, murs, fossés, remparts des places actuellement démantelées et qui ne sont plus places de guerre; les édifices non affectés à un service public; les forêts, fermes et autres biens qui n'ont pour la nation d'autre utilité que de verser des revenus dans le trésor public. Ces biens sont prescriptibles comme ceux des particuliers; mais leur administration et leur aliénation sont soumises à certaines formes particulières (art. 539 et 541).

XXVI. — 3° *Biens publics des communes.* — Ce sont également ceux qui, appartenant à une commune, se trouvent employés à un service public : comme une église, un cimetière, un palais de justice, les routes et rues. Ils sont aussi imprescriptibles et inaliénables (article 542).

XXVII. — 4° *Biens privés des communes.* — Appliquez ici ce qui vient d'être dit au 2° (*ibid.*).

XXVIII. — 5° *Biens des établissements publics.* — Même règle (*ibid.*).

XXIX. — 6° *Biens composant les majorats.* — On appelle majorat un ensemble de biens affecté à un titre héréditaire et devant se transmettre dans une famille, de mâle en mâle et par ordre de primogéniture, à celui qui sera revêtu de ce titre.

Le premier majorat de France, et le seul qui ne fût pas condamné à mourir prochainement, c'était, sous la monarchie, la dotation de la couronne, dotation composée de biens dont la propriété appartenait à

la nation et la jouissance au roi (art. 542, n° II). (*Voy.* le sén.-cons. du 12 déc. 1852, sur la liste civile et la dotation de la couronne.)

Les autres majorats, composés de biens des particuliers, ont également des règles qui les placent hors du droit commun.

XXX. — 7° *Biens des particuliers.* — Ils sont laissés à la libre disposition de leurs propriétaires, pourvu que ceux-ci n'en fassent pas un usage nuisible à l'intérêt général (art. 537).

TITRE II.

DE LA PROPRIÉTÉ.

(Décrété le 27 janvier 1804. — Promulgué le 6 février.)

404. Ce titre, à en juger par sa rubrique et par l'objet général du livre, semblerait exclusivement consacré au droit de propriété considéré en lui-même; mais il n'en est pas ainsi. Le titre ne parle vraiment de la propriété que dans les deux premiers articles et dans l'art. 552; tous les autres articles s'occupent d'un des moyens d'acquérir la propriété, l'*Accession* (art. 546 et 712), en sorte qu'on eût dû les rejeter dans le livre III. C'est ce livre III, en effet, qui traite *des différentes manières* D'ACQUÉRIR *la propriété.*

Cependant, comme l'acquisition de la propriété de la chose accessoire n'est que la conséquence de la propriété qu'on a sur la chose principale, on s'explique facilement que l'acquisition par accession soit traitée à propos du droit même de la propriété et dans le même titre.

A l'occasion du droit d'accession appliqué aux produits d'une chose, notre titre parle aussi d'un cas particulier d'acquisition de ces produits par la *Prescription* (art. 549 et 550).

Ainsi, le titre s'occupe tout à la fois : 1° du droit même de *Propriété;* 2° du droit d'*Accession,* qui est une conséquence de la propriété déjà acquise, et qui devient à son tour un moyen d'acquérir la propriété sur certaines autres choses, les choses accessoires; 3° de la *Prescription* en tant qu'elle s'applique à quelques-unes de ces choses accessoires, et empêche pour elles l'effet de l'accession. Tout ceci, du reste, se comprendra mieux par l'explication du titre.

544. — La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.

SOMMAIRE.

I. Ce que c'est que le droit de propriété. — Limitations qu'il doit subir.
II. Le Code n'y voit que deux droits élémentaires au lieu de trois. Pourquoi.

I. — 405. Nous avons déjà vu sous l'art. 526 que la propriété est le

droit le plus étendu qu'on puisse avoir sur une chose. Ce droit, on le sait, rend le propriétaire maître et seigneur de sa chose, et lui donne sur elle une omnipotence absolue, un despotisme entier. Mais ce pouvoir indéfini sur la chose peut être et est souvent limité, quand une loi spéciale et formelle vient, dans un but d'intérêt public, lui imposer des restrictions. C'est ainsi que les biens de l'État, des communes, des établissements publics, et ceux composant les majorats, sont soumis à un système particulier; que les biens des mineurs et des interdits subissent un régime protecteur mais gênant, et que les biens mêmes des particuliers majeurs et capables ressentent encore (art. 537), quoique à un moindre degré, cet effet de la prédominance de l'intérêt général sur l'intérêt privé (1).

Le droit du propriétaire, quel que soit celui-ci, doit donc subir toutes les limitations qui lui sont imposées, soit par une loi proprement dite, soit par l'un de ces actes que rend l'autorité compétente (art. 1, n° IV), pour le développement, le complément et l'exécution de la loi, et que notre article comprend sous le nom de règlements (2).

II. — 406. Nous avons également vu déjà que le droit de propriété, quand on veut analyser sa nature intime, se compose de trois éléments principaux, de trois droits susceptibles d'être separés l'un de l'autre, *usus, fructus* et *abusus*. Mais notre article ne se trouve pas en harmonie parfaite avec cette théorie créée par les Romains et acceptée généralement. Au lieu de trois éléments, le Code n'en présente ici que deux : la propriété est pour lui le droit de *jouir* et de *disposer*.

Ce n'est pas dans cet article seulement et par inadvertance que cette modification apparaît. Elle se retrouve partout. Le Code Napoléon n'admet ni le *jus utendi tantum,* ni le *jus fruendi tantum,* mais seulement un *jus utendi et fruendi simul,* un droit de jouissance qui est plus ou moins étendu, selon les différents cas, mais qui présente toujours la même nature. Ainsi, dans l'art. 543, il dit qu'on peut avoir sur les biens ou un droit de propriété, ou un simple droit de *jouissance*. Dans l'article 578, l'usufruit est le droit de *jouir,* et non pas le droit d'user et de jouir. Enfin, dans les art. 626, 627 et 635, l'usage, qui devrait n'être qu'un *jus utendi tantum,* est encore un droit de *jouir,* un droit *utendi et fruendi simul,* seulement il est moins étendu que l'usufruit : l'usufruit est le droit de jouissance entière, tandis que l'usage est le droit de jouissance partielle ; mais ils sont tous deux des droits de jouissance, et l'usage est un usufruit plus restreint que l'usufruit ordinaire. Ceci explique parfaitement comment, dans le second alinéa de l'art. 526, le mot d'*usufruit* comprend les droits d'usage et d'habitation.

407. Cette confusion en un droit unique, de l'*usus* et du *fructus,*

---

(1) *Voy.* Cass., 28 fév. 1848; 20 fév. 1849; 8 juin 1857 (Dev., 48, I, 311; 49, I, 346; 58, I, 305; Dall., 58, I, 122; 49, I, 148; 57, I, 293; *J. Pal.*, 48, I, 355; 49, II, 476; 57, 1256).

(2) Voir cette importante matière dans l'excellent et récent *Traité des servitudes d'utilité publique ou des modifications apportées par les lois et règlements à la propriété immobilière,* par notre savant confrère et ami M. Jousselin.

que les Romains distinguaient avec tant de soin, tient à une idée qui se remarque partout dans le Code : c'est que nos rédacteurs ont voulu se rapprocher autant que possible de la réalité des faits. Ce désir les fait tomber quelquefois dans des idées fausses : on a pu déjà le voir, et on va le voir encore par l'explication de l'art. 546.

Il est certain que, dans le fait, on ne rencontre jamais le droit d'usage séparé du droit de jouissance, *usum sine fructu ;* ni réciproquement, *fructum sine usu*. Ce qu'on appelle le droit d'usage d'une ferme est véritablement un droit de jouissance, un petit usufruit mesuré sur les besoins de l'usufruitier, et il en était déjà ainsi sous Justinien (*Instit.,* I, 2, t. 5, § 1). L'usage des bois et forêts, qui prend selon les cas le nom d'*affouage,* de *pâturage,* de *panage,* de *glandage,* et qui varie de mille manières, est le droit ou de prendre des bois pour brûler, construire, cuire de la chaux ou de la brique, faire des échalas, etc.; ou de ramasser des glands, des faînes, etc.; ou de faire manger l'herbe par les troupeaux; en sorte que ce n'est jamais *usus sine fructu.*

Et non-seulement, dans le fait, le droit d'user et le droit de jouir n'existent jamais séparément, mais la plupart du temps il n'est pas possible qu'ils existent, et on ne pourrait pas même les concevoir, au moins comme présentant de l'utilité. Ainsi, pour les maisons, le droit d'usage est le seul possible; il n'y a pas de *fructus,* attendu qu'une maison ne produit rien : sans doute, je puis par ma maison me procurer des revenus en la donnant à loyer; mais ces revenus, qu'on regarde *civilement,* c'est-à-dire par une fiction de la loi, comme des fruits, ne sont pas des fruits véritables (car une maison n'est pas chose frugifère), ils sont le payement de l'usage que je procure au locataire. Pour une ferme, au contraire, le *jus fruendi* est le seul qui présente de l'utilité, puisque le *jus utendi tantum* se réduirait à la faculté de se promener sur le fonds! Les animaux, qui sont tout à la fois susceptibles d'être employés à un travail utile et de donner des produits (des petits, du lait, de la laine), sont les seuls pour lesquels l'*usus* et le *fructus* puissent exister séparément : tels sont les juments, les ânesses, un bélier. Quant aux chevaux et bœufs, leur *fructus,* qui consiste uniquement dans le fumier qu'on en tire, est trop peu considérable pour que, par lui-même et séparé de l'*usus,* il vaille seulement la nourriture de l'animal.

C'est parce que l'*usus* et le *fructus* ne sont presque jamais séparables et jamais séparés que le Code les confond en un droit unique qu'il appelle droit de jouir, et qui est l'*usus,* ou le *fructus,* ou la réunion de l'*usus* et du *fructus,* selon que la chose est susceptible de l'un ou de l'autre de ces droits, ou de tous deux à la fois.

545. — Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.

408. Le droit de propriété me donne la libre faculté de disposer de la chose; je puis donc la conserver tant qu'il me plaira, sans que nul puisse me contraindre à l'abandonner. C'est là un principe que notre article proclame, mais pour y apporter ensuite une exception fondée sur l'intérêt général. L'État peut exiger le sacrifice d'une propriété privée; mais il faut pour cela qu'une cause d'utilité publique soit constatée par le chef du gouvernement. Une fois que l'utilité publique est légalement constatée, le tribunal civil prononce l'expropriation, à la charge par l'État de payer au propriétaire une indemnité qui doit être fixée par un jury spécial, et qui doit être versée préalablement à la prise de possession.

546. — La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement.

Ce droit s'appelle *droit d'accession.*

SOMMAIRE.

I. Ce que c'est que l'accession. On ne devrait pas la regarder, et les Romains ne la regardaient pas, comme un mode d'acquisition de la propriété.

II. Le Code, en acceptant une théorie différente, aurait dû reporter la matière de l'accession dans le livre III. — Erreur de M. Ortolan.

I. — 409. Les choses qui sont les accessoires d'une autre chose sont vraiment une partie de celle-ci et ne font avec elle qu'un seul et même tout : *accessorium sequitur principale.* Ainsi, les bois en taillis ou les futaies qui couvrent ma terre; les fruits pendants par branches et racines, les grains et légumes divers que cette terre porte ou contient; les marbres, pierres, houilles et autres minéraux ou végétaux que renferme son sein, m'appartiennent comme partie de cette terre, et continuent d'être miens après leur séparation du sol. Il en est de même des petits que portent mes animaux; ils sont miens dans le sein même de leur mère, et resteront miens quand ils en seront sortis : la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne donc droit sur tout ce qu'elle produit. La propriété de la chose donne également droit sur ce qui s'unit accessoirement à cette chose. Ainsi, les pigeons, les poissons, les lapins et autres animaux qui viennent s'habituer dans mon colombier, dans mon étang, dans ma garenne ou mon parc; la pourpre que l'on applique en broderie sur mon habit; les feuilles d'or que l'on applique sur la tranche de mon livre; l'accroissement de terre qui se forme peu à peu sur le fonds qui m'appartient le long d'une rivière, m'appartiennent comme et avec le colombier, l'étang, la garenne, le parc, l'habit, le livre et le fonds, dont ils sont désormais une partie : peu importe que l'union soit naturelle (comme dans l'accroissement de terre), ou artificielle (comme dans l'application de la pourpre).

410. Maintenant, cette extension aux choses accessoires, du droit de propriété qu'on a sur la chose principale, doit-elle être regardée *en droit* comme une véritable acquisition de propriété, et doit-on, logi-

quement, ranger l'accession parmi les causes légales d'acquisition? Nous ne le pensons pas, et les Romains ne le pensaient pas non plus.

Et d'abord, pour les produits, dites-moi à quel moment je les acquiers par accession... Ce n'est pas quand ils se séparent de la chose principale pour prendre un existence distincte; car il y aurait contradiction dans les termes mêmes : il serait absurde de dire qu'une chose devient mienne par son accession, par *son union* avec ma chose, au moment *qu'elle s'en sépare!* Mon droit sur les produits séparés de la chose productrice ne peut donc être, quand on veut l'expliquer par l'accession, que la continuation du droit que j'avais sur ces mêmes produits avant leur séparation et alors qu'ils étaient vraiment unis à la chose productrice. Ainsi, ce n'est pas quand les pommes tombent de mon pommier que je les acquiers par accession; elles m'appartenaient auparavant. Mais maintenant les fruits, comme les feuilles de mon arbre, tant qu'ils y restent unis, ne sont pas une chose distincte de l'arbre. Je ne puis pas dire que j'ai d'abord la propriété de l'arbre, puis en outre et séparément la propriété des fruits, et puis enfin et séparément encore la propriété des feuilles; j'ai tout simplement la propriété d'un arbre chargé de feuilles et de fruits. Je ne puis pas dire assurément que j'ai alors : 1° un bien immeuble, le fonds qui porte l'arbre; 2° un premier bien meuble, qui serait l'arbre lui-même; puis 3° encore autant d'autres biens meubles qu'il y a de fruits et de feuilles : il est clair que je n'ai pas des centaines de biens; je n'ai qu'un seul bien immeuble, c'est le sol et l'arbre avec tous ses fruits, lesquels forment un seul et même tout, un seul et même objet de mon droit de propriété. Mais, puisque je n'ai là qu'un seul bien qui comprend indivisiblement le sol, l'arbre et les fruits; puisque, après la formation de ces fruits aux branches de l'arbre, je n'ai pas un bien nouveau, mais le même bien modifié, il n'y a donc pas lieu de parler d'acquisition : je n'ai rien acquis, je n'ai pas une chose nouvelle dans mon patrimoine, j'ai toujours uniquement le même arbre, dont les qualités, les manières d'être ont changé. Ce qu'on dit des fruits, il faut le dire évidemment de tous les produits quelconques : dans tous les cas possibles, je n'acquiers pas un droit nouveau, un second *dominium*, à côté de celui que j'avais déjà; je conserve et continue d'avoir un droit unique dont l'objet s'est modifié sous mes mains. Donc, pour les produits de ma chose, il n'y a jamais acquisition de propriété, il y a tout simplement le jeu naturel, l'effet et l'application réguliers de ma propriété antérieure.

Cette acquisition de propriété, que nous ne trouvons pas quant aux produits, la trouverons-nous pour les choses qui viennent s'unir accessoirement à la mienne sans être produites par elle?... Pas davantage. Quand des lapins naissent ou viennent s'adonner dans ma garenne, je ne puis pas dire que j'ai désormais 1° la propriété de la garenne, puis 2° la propriété de ces lapins : j'ai, comme j'avais auparavant, la propriété d'une garenne, laquelle est plus ou moins garnie de lapins. Quand des feuilles d'or sont appliquées à la tranche de mon livre, je ne puis

pas dire que j'ai désormais 1° un livre, 2° des feuilles d'or : j'ai tout simplement un livre à tranche dorée. Quand, par mes ordres ou à mon insu, peu importe, on donne une couche de peinture à ma bibliothèque, je n'ai pas un premier bien meuble, la bibliothèque; puis un second bien meuble, la peinture : j'ai un seul et même objet, une bibliothèque peinte.

Ainsi, dans tous les cas où la loi nous parle d'accession, il n'y a pas, juridiquement parlant, un droit nouveau, une chose nouvelle, et par conséquent il ne peut pas être question d'acquisition. Sans doute, dans le fait, l'acquisition existe; les fruits, les lapins, la dorure, la peinture, sont entrés dans mon patrimoine. Mais en droit et du point de vue juridique, il en est autrement. En droit, la peinture, la dorure, etc., ne peuvent pas être considérées comme existant *per se;* en droit, il n'y a point de peinture, mais une bibliothèque peinte; il n'y a point de dorure, mais un livre doré; en droit, les choses accessoires ne sont plus des choses, des *substances,* ce sont les qualités, les manières d'être, les accidents, les *modes* enfin de la chose principale; et on ne peut pas plus se dire propriétaire des fruits pendants à l'arbre, ou de la dorure appliquée au livre, que de la rondeur d'une montre ou de la couleur d'un habit. En droit, donc, l'accession ne peut pas être appelée logiquement une cause d'acquisition de la propriété.

411. C'est là ce que dit le raisonnement, et telle était aussi la théorie romaine. Mais notre Code a embrassé l'idée contraire; l'art. 712 range l'accession parmi les causes d'acquisition de la propriété.

Il est certain qu'il y a en cela inexactitude, défaut de justesse dans les idées. Car les choses accessoires n'étant miennes, précisément, que parce qu'elles n'existent pas *per se,* et viennent se confondre, se perdre, s'anéantir dans le principal dont elles ne sont plus qu'un mode et un accident, il est clair qu'il y a contradiction à parler de l'acquisition *juridique* d'une chose qui *juridiquement* n'existe pas; il est clair qu'il est absurde de reconnaître que l'accession d'une substance opère sa destruction juridique, et de dire qu'elle donne le droit de propriété sur cette substance qui n'est plus !... Toutefois, comme la théorie romaine, tout exacte qu'elle est, repose sur des idées subtiles et quelque peu difficiles à comprendre; comme, en définitive et dans la réalité matérielle des choses, l'union avec la chose principale rend vraiment propriétaire de la chose accessoire, on ne peut pas s'étonner de voir notre législateur, copiant en cela l'idée de Pothier, se préoccuper davantage de cette réalité des faits, et classer l'accession parmi les causes d'acquisition de la propriété.

II. — 412. Mais, à part l'inexactitude que présente cette nouvelle théorie, il reste à reprocher aux rédacteurs un grave défaut de classification. Du moment qu'ils acceptaient l'accession comme un des moyens d'acquérir la propriété, ce n'était plus ici, mais dans le livre III, que devaient être placés tous les articles relatifs à cette matière. Ce défaut est d'autant plus répréhensible, que Pothier, dont le Code reproduit les

idées, avait su l'éviter : Pothier, en effet, dans son *Traité du droit de propriété,* consacre le chapitre Ier à examiner le droit de propriété en lui-même ; et c'est dans le chapitre II, où il explique les différentes manières d'*acquérir* la propriété, qu'il traite de l'accession. C'est également parmi les manières d'*acquérir* que Delvincourt et M. Zachariæ expliquent l'accession.

Au reste, tout illogique que soit l'idée du Code, et quoique cette idée se trouve contredite par la place qu'occupe ici la matière de l'accession, il est clair que nous devons la suivre, et accepter l'accession comme une des manières d'acquérir, en abandonnant sur ce point la théorie romaine.

412 *bis.* Contrairement à ce que nous venons de dire, M. Ortolan (*Instit.*, p. 227 et suiv., 2e édit.) enseigne que, chez les Romains comme chez nous, l'accession était un des modes d'acquisition de la propriété. C'est une grave erreur. Les modes d'acquisition étaient l'Occupation, la Tradition, la Mancipation, la Cession juridique, l'Usucapion, l'Adjudication et la Loi. Quant à l'accession, on lirait en vain tous les jurisconsultes romains pour la trouver ; ils étaient trop logiques pour admettre une telle idée. Sans doute, on ne manquait pas de dire à Rome que l'accession rendait, dans le fait, propriétaire de la chose accessoire ; mais on se gardait bien de l'appeler une cause légale, juridique, d'acquisition. On disait, comme nous l'avons dit nous-même, que la chose accessoire (qu'on appelle *accessio,* car ce mot, dans les commentaires romains, ne signifie jamais l'*accession,* laquelle était si peu regardée comme un mode légal d'acquisition, qu'elle n'avait pas même son nom dans la langue du droit), on disait donc que la chose accessoire se confond, se perd, s'anéantit dans la chose principale, et ne fait avec celle-ci qu'une seule et même chose, une unité indivisible : *accessio cedit principali, accessio cum principali unitatem facit.* En conséquence, si ma pourpre avait été appliquée sur votre habit, on disait qu'elle était vôtre et que je ne pouvais pas la revendiquer ; mais c'était parce que l'accession l'avait légalement détruite, et en vertu du principe *extinctæ res vindicari non possunt.* Ainsi, juridiquement, l'accession était une cause d'extinction ; c'était loin d'être une cause légale d'acquisition !

Notre titre va s'occuper successivement de l'accession 1° sur ce qui est produit par la chose (chap. Ier) ; 2° sur ce qui s'unit ou s'incorpore à la chose (chap. II).

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI EST PRODUIT PAR LA CHOSE.

547. — Les fruits naturels ou industriels de la terre,
Les fruits civils,
Le croît des animaux,
Appartiennent au propriétaire par droit d'accession.

413. Les fruits naturels sont ceux que la chose productrice, quelle qu'elle soit, donne spontanément; les fruits industriels, ceux que fait naître la culture de l'homme. Le croît des animaux rentre évidemment dans la classe des fruits naturels, et avec lui, quoique notre article ne le dise pas, le lait, le miel, les laines, fumiers, etc.; l'art. 583 le déclare positivement. — On appelle fruits civils, c'est-à-dire fruits par la fiction de la loi, les revenus qui se perçoivent à l'occasion d'une chose. Autrefois, on ne regardait comme tels que les revenus des choses ne donnant pas de vrais fruits : les loyers des maisons, les intérêts des capitaux, les arrérages des rentes. Aujourd'hui, le Code range dans la même classe les revenus perçus à l'occasion d'une chose frugifère et comme représentation de ses fruits, par exemple, les loyers d'une ferme (*voy.* art. 584 et 586).

Mais ce ne sont pas seulement les fruits qui appartiennent au propriétaire par droit d'accession, ce sont tous les produits, quels qu'ils soient. Or, les fruits diffèrent des produits comme l'espèce diffère du genre. Les produits sont fruits quand ils sont soumis à une perception ordinaire, habituelle, et qui doit se réitérer; ils ne le sont pas dans le cas contraire.

Rigoureusement, et d'après la nature des choses, les fruits sont, ni plus ni moins, les produits qui naissent de la chose, *quidquid ex re nascitur;* mais la détermination de la loi et la destination de l'homme peuvent agrandir ou diminuer la classe des fruits et forcent d'en changer la définition. Ainsi les revenus en argent, perçus à l'occasion de la chose, sont mis par la loi dans la classe des fruits, quoiqu'ils ne naissent pas de la chose; ce sont des fruits civils, des fruits par la détermination de la loi. Les marbres, pierres, houilles, minerais, sels, tourbes, etc., que l'on extrait des mines, carrières, tourbières mises en exploitation régulière, sont aussi réputés fruits (art. 598); et cependant ils ne *naissent* pas du sol. Réciproquement, les bois de futaie qui ne sont point en coupe réglée, quoique naissant de la chose, ne sont plus réputés fruits comme le sont les taillis et les futaies aménagées.

On doit donc dire que les produits sont ou ne sont pas fruits, selon qu'ils sont ou non destinés à une perception *ordinaire et successive;* puis, pour comprendre les fruits civils, il faut définir les fruits : tous les produits qui se perçoivent ordinairement et successivement sur une chose, ou *à l'occasion de cette chose.*

548. — Les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais des labours, travaux et semences faits par des tiers.

414. Puisque les fruits d'un fonds ne forment qu'un seul et même tout avec le fonds auquel ils sont adhérents, il s'ensuit qu'ils appartiendront toujours au propriétaire de ce fonds, sans qu'il soit besoin de rechercher par qui et aux frais de qui ces fruits sont nés. Seulement, quand des frais quelconques ont été faits par un tiers, le propriétaire ne

peut recueillir les fruits que sous l'obligation de payer une juste indemnité, sans qu'il y ait à regarder si le tiers savait ou non que le terrain n'était pas à lui.

Nous ne parlons ici que des fruits non recueillis par le tiers; car, si celui-ci les avait une fois perçus, on appliquerait la règle de l'article suivant, d'après laquelle les produits deviennent la propriété du possesseur qui les recueille de bonne foi.

549. — Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi : dans le cas contraire, il est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique.

I. — 415. On appelle simple possesseur, ou tiers possesseur, celui qui détient un bien à titre de propriétaire sans l'être réellement. Nous verrons, sous l'article suivant, sous quelles conditions le possesseur est réputé de bonne foi.

C'est un principe de notre droit, principe proclamé sous une rédaction très-vicieuse par l'art. 2279, qu'en fait de choses mobilières la possession de bonne foi opère instantanément la prescription, et rend dès lors immédiatement propriétaire. Donc, quand un tiers possède de bonne foi l'immeuble appartenant à autrui, les différents produits de cet immeuble, devenant meubles par leur séparation du fonds, et se trouvant ainsi mobilisés pendant et sous la possession du tiers, deviennent à l'instant même sa propriété. Nous avons déjà vu ce résultat sous l'art. 138, où nous avons indiqué la différence qui existe sous ce rapport entre notre droit français et le droit romain : dans le droit romain, c'était seulement par la consommation des produits que le tiers, possesseur de bonne foi se trouvait à l'abri de la revendication du propriétaire.

Le principe qui attribue les fruits au possesseur de bonne foi ne reçoit aucune exception, et le juge ne peut jamais soumettre un possesseur à la restitution des fruits qu'autant qu'il constate la mauvaise foi de ce possesseur. Une décision ordonnant une restitution de fruits pour tout autre motif que la mauvaise foi constatée du possesseur encourrait la cassation (1).

II. — 416. Il existe, quant aux fruits ou autres produits, plusieurs différences entre l'acquisition du possesseur de bonne foi et celle de l'usufruitier et du fermier.

L'usufruitier et le fermier ont seulement le droit de jouir, c'est-à-dire

---

(1) Cass., 8 fév. 1830, 15 déc. 1830, 11 fév. 1835, 24 juill. 1839, 12 mai 1840 (Dev., 30, I, 94; 31, I, 35; 35, I, 533; 39, I, 657; 40, I, 668); Cass., 7 janv. 1861 (Dev., 61, I, 432; Dall., 61, I, 384). — L'indu possesseur d'un immeuble tenu de le restituer au propriétaire, avec les fruits par lui perçus, peut être aussi tenu de l'indemniser des dégradations qui, par son fait, ont diminué la valeur de la propriété revendiquée. Cass., 9 fév. 1864 (Dev., 64, I, 137; Dall., 64, I, 72; *J. Pal.*, 64, 443).

L'indu possesseur doit être réputé de mauvaise foi du jour où une demande en revendication lui a fait connaître les vices du titre en vertu duquel il possède; il doit les fruits à partir du jour de la demande, et non du jour du jugement de condamnation. Cass., 8 mars 1852 (Dev., 52, I, 497; Dall., 52, I, 186; *J. Pal.*, 56, I, 83).

le droit de recueillir les fruits. D'abord, ils ne peuvent recueillir que les *fruits :* ainsi, ils ne peuvent ni ouvrir des carrières, tourbières, etc., ni couper les futaies qui ne sont pas aménagées; les arbres qu'ils abattraient dans des futaies non aménagées, ou sans suivre les règles de l'aménagement, ne leur appartiendraient pas. Le possesseur de bonne foi, au contraire, fait siens, dès l'instant de leur séparation, tous les produits quels qu'ils soient, puisque tous deviennent meubles par leur séparation du sol. La première partie de notre article, où il n'est question que des fruits, est donc inexacte, comme le prouve le reste de l'article, et aussi la rubrique du chapitre. — L'usufruitier et le fermier n'ont que le droit de *recueillir* les fruits ; ces fruits ne leur appartiennent qu'autant qu'ils sont perçus par eux ou en leur nom : ainsi, des fruits tombés d'eux-mêmes ou par un coup de vent ne leur appartiendraient pas encore. Au contraire, c'est dès l'instant de leur séparation, par quelque cause qu'elle soit opérée, que les produits de toute espèce appartiennent au possesseur de bonne foi, puisque c'est leur séparation qui produit leur mobilisation, et que cette mobilisation se réalise nécessairement sous sa possession, laquelle produit immédiatement la prescription.

A Rome et dans notre ancien droit, où l'on ne connaissait pas le principe de la prescription des meubles par la possession instantanée, le possesseur de bonne foi gagnait cependant tous les produits de la chose, cette acquisition des produits se faisant alors *lege ipsâ,* par la loi, la dernière des sept causes d'acquisition. Aujourd'hui, au contraire, tout meuble (non perdu ni volé) se prescrivant par un instant de possession de bonne foi, cette même acquisition se trouve être un cas de prescription et une application de l'art. 2279. — Quant à cette idée, que l'usufruitier et le fermier n'acquièrent les fruits que par la perception, elle est sans importance pratique, et le résultat dernier est le même que s'ils les acquéraient aussi dès l'instant de la séparation; car eux seuls ayant le *droit de percevoir,* ils pourraient poursuivre tout individu qui les a empêchés de percevoir un produit en l'enlevant indûment, et lui demander indemnité.

Quant aux différences qui existent entre l'usufruitier et le fermier, on les comprendra par l'explication successive des titres *De l'Usufruit* et *Du Louage* (1).

417. Au reste, dans les différents cas d'un tiers possesseur, d'un usufruitier ou d'un locataire, c'est toujours au propriétaire que les fruits appartiennent jusqu'à la séparation de la chose productrice, comme ne faisant qu'un seul et même tout avec cette chose.

---

(1) Nous ne parlons, dans l'explication de cet article et du suivant, que des produits recueillis par celui qui possède de bonne foi un *immeuble;* car si c'était un meuble que le tiers de bonne foi possédât, un troupeau, par exemple, il en serait devenu propriétaire dès l'instant même de sa mise en possession : alors ce ne serait plus par prescription et comme possesseur de bonne foi, mais par accession et comme maître de la chose productrice, qu'il prendrait les fruits.

550. — Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices.

Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus.

I. — 418. Le possesseur de bonne foi est celui qui se croit propriétaire, et qui a un juste motif de se croire tel, parce que sa possession repose sur un *titre* qui lui aurait réellement transmis la propriété, s'il n'avait pas été entaché d'un vice que ce possesseur ne connaît pas.

Ainsi, il possède *à titre* d'acheteur, de donataire, de légataire, de coéchangiste, d'héritier, etc. ; mais la personne qui lui a transmis ce bien n'était pas elle-même propriétaire, ou bien elle était incapable, ou bien encore l'acte de donation ou de testament est nul en la forme, et le possesseur ignore ces circonstances.

II. — 419. Au reste, il ne faut pas confondre la bonne foi requise pour cette prescription instantanée des produits avec celle qu'exigent les art. 2265 et suivants pour l'acquisition de l'immeuble lui-même par la prescription de dix ou vingt ans.

1° La bonne foi requise pour la prescription de dix ou vingt ans exige des conditions plus sévères ; elle n'existe pas quand le titre est nul par défaut de formes (art. 2267) ; ici, au contraire, il suffit que le possesseur ignore les vices de son titre, quels que soient ces vices.

2° Dans la prescription de dix ou vingt ans, il n'est pas nécessaire que le possesseur soit de bonne foi au moment que la prescription s'accomplit ; il suffit qu'il l'ait été quand la possession a commencé (article 2269) ; ici, la prescription s'accomplissant instantanément et séparément pour chaque perception des produits, c'est au moment même de la perception, et pour chaque perception en particulier, que la bonne foi est requise ; le simple possesseur, dit l'art. 549, ne fait les fruits siens que dans le cas où *il possède* de bonne foi, et il cesse d'être de bonne foi, dit l'art. 550, *du moment* où les vices lui sont connus. Ainsi, supposons deux possesseurs, dont l'un n'a été de bonne foi que dans les premiers jours de sa possession, tandis que l'autre l'a toujours été : après plusieurs années de possession, ils seront, quant à la prescription de l'immeuble, dans une position absolument semblable, continuant tous deux une possession toujours utile, et qui produira les mêmes effets ; mais quant à la prescription des produits, quelle différence entre eux ! Que la revendication s'exerce avant la prescription de l'immeuble accomplie, et le premier sera tenu de rendre tous les fruits, tandis que le second les conservera tous. — Que si le nombre d'années voulu pour la prescription de l'immeuble s'accomplit ; si le délai de dix ou vingt ans, selon les cas, s'écoule sans réclamation, il n'y a plus de différence : tous deux se trouvant alors propriétaires de l'immeuble même, tous les produits antérieurement perçus tombent sous leur propriété, comme y tomberont tous ceux qu'ils recueilleront ensuite.

3° Un héritier étant, légalement parlant, la continuation de la personne de son auteur, il s'ensuit que quand cet auteur a commencé sa possession de l'immeuble avec mauvaise foi, la possession de l'héritier (laquelle ne fait qu'un avec la possession de l'auteur et n'en est que la continuation) ne peut pas être utile ; en sorte que cet héritier, possédât-il lui-même de bonne foi plus de dix ou vingt ans, ne pourrait pas prescrire (art. 2237). Ici, au contraire, et en ce qui touche les produits, l'héritier de bonne foi restera bien tenu de restituer les fruits que son auteur avait recueillis de mauvaise foi, mais il fera siens ceux qu'il recueillera lui-même (1).

CHAPITRE II.

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI S'UNIT ET S'INCORPORE A LA CHOSE.

551. — Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire, suivant les règles qui seront ci-après établies.

420. Ce chapitre est divisé en deux sections : l'une pour l'accession aux choses immobilières, l'autre pour l'accession aux choses mobilières.

SECTION PREMIÈRE.

DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSES IMMOBILIÈRES.

421. Les règles que pose cette première section sont relatives :

1° Aux constructions et plantations qui peuvent être faites sur le sol ou dans l'intérieur du sol (art. 552 et 553) ;

2° Aux accroissements résultant, pour un fonds, du voisinage d'un fleuve ou d'une rivière (art. 556 et 563) ;

3° Enfin, aux bêtes sauvages qui, en s'habituant sur un fonds, en deviennent l'accessoire (art. 564).

552. — La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.

Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre *Des Servitudes ou Services fonciers.*

Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police.

---

(1) Douai, 1er juill. 1840 ; Douai, 15 mai 1847 ; Cassation (d'un arrêt de Bourges), 24 mai 1848 ; Orléans, 11 janv. 1849 (Dall., 41, II, 98 ; Dev., 47, II, 564 ; 49, I, 125, et II, 139). — *Conf.* Demolombe (I, n° 612) ; Aubry et Rau (II, § 206, p. 243, note 18). *Contrà :* Cass., 10 juin 1857 (Dev., 58, I, 59 ; Dall., 58, I, 117 ; *J. Pal.*, 58, 886).

422. Le premier des trois alinéa de cet article pose un principe dont les deux autres ne sont que la conséquence. La propriété du sol, dit-il, emporte la propriété du dessus et du dessous. Et on ne voit pas, en effet, comment il en pourrait être autrement. Car on ne conçoit pas le sol distinct de la surface et de l'intérieur : l'intérieur de la terre et sa surface sont précisément ce qui constitue le sol.

Mais, puisque ma propriété frappe sur la surface et l'intérieur du sol, je puis donc faire, et dans l'intérieur et sur la surface, toutes les constructions et plantations qu'il me plaira, tous les ouvrages que je trouverai à propos de réaliser; sauf, bien entendu, les restrictions qui peuvent être mises à mon droit, soit par les lois et règlements, soit par les droits de servitudes que j'ai concédés à des tiers. Ainsi, je ne puis, dans une ville, bâtir ma maison que sur l'alignement donné; je ne pourrais nulle part élever un mur qui empêchât l'exercice du droit de passage que j'ai cédé à une propriété voisine, etc.

Dans les lois ou règlements relatifs aux travaux à faire dans l'intérieur du sol se trouvent surtout les dispositions portées sur l'ouverture et l'exploitation des mines, dispositions qui forment une législation spéciale; quant aux lois et règlements de police, dont l'article ne parle qu'à propos des travaux à faire dans l'intérieur, il est clair qu'ils s'appliquent également aux travaux qui se font sur la surface.

On voit que cet article ne fait qu'expliquer la nature même du droit de propriété, et ne s'occupe nullement de l'acquisition par accession. Sa place était donc plutôt parmi les articles préliminaires du titre que dans ce chapitre (1).

553. — Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment.

423. Quand il est constant qu'un terrain appartient à telle personne, la présomption que la raison en tire tout naturellement et que la loi proclame ici, c'est 1° que les constructions ou ouvrages faits sur ou dans ce terrain ont été faits pour le compte de cette personne; 2° qu'ils l'ont été à ses frais; et 3° qu'ils lui appartiennent comme et avec le terrain, dont ils sont l'accessoire. C'est à celui qui élève une prétention contraire à la prouver.

Ainsi, de ce que cette maison existe sur mon terrain, il s'ensuit de plein droit que c'est moi qui l'ai fait bâtir. Si vous venez prétendre que c'est vous, vous devez l'établir; moi, je n'ai aucune preuve à faire. Maintenant, quand même ce serait vous qui l'auriez fait bâtir, qui au-

(1) La disposition du § 1 de l'art. 552 n'établit qu'une présomption qui cède à la preuve contraire. Cass., 30 nov. 1853 (Dev., 54, I, 679; Dall., 54, I, 47).

riez présidé aux travaux, elle serait encore censée faite à mes frais, vous seriez censé n'avoir agi que pour mon compte et payé de mes deniers; pour détruire cette présomption, il vous faudrait prouver, soit par des actes passés entre nous, soit par l'ensemble des circonstances, que c'est de votre bourse que sont sorties les dépenses faites. Enfin, quand il serait constant que vous avez fait construire la maison à vos frais, elle n'en serait pas moins à moi comme accessoire du terrain (sauf obligation pour moi de vous indemniser, d'après la distinction de l'art. 555); à moins, ici encore, que vous n'établissiez le contraire, en prouvant, par exemple, que je vous avais cédé le droit de faire bâtir pour vous, sur un terrain restant mien, une maison à la destruction de laquelle je reprendrais la jouissance de ce terrain.

C'est là ce que signifie la première partie de notre article. Quant à la seconde, elle est inutile dans le Code. Il est bien clair qu'un souterrain, comme tout autre bien, quel qu'il soit, cesse de m'appartenir quand il est acquis à un tiers, soit par prescription, soit par une aliénation formelle de ma part.

554. — Le propriétaire du sol qui a fait faire des constructions, plantations et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas, doit en payer la valeur; il peut aussi être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu : mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever.

I. — 424. Cet article n'est que la conséquence et une application de ce qu'on a dit sous l'article précédent.

Les constructions, plantations ou travaux quelconques qui existent sur ou dans mon terrain sont réputés faits à mes frais, avec des matériaux m'appartenant; et si vous prétendez que les matériaux employés vous appartenaient, vous devez le prouver.

Si vous faites cette preuve, les ouvrages ne m'en appartiendront pas moins, car *accessio cedit principali;* ces objets mobiliers, ces matériaux qui vous appartenaient n'existent plus comme tels et ne peuvent plus être revendiqués, *extinctæ res vindicari non possunt.* Mais, bien entendu, je serai tenu de vous payer ces matériaux, et je pourrai même vous devoir des dommages-intérêts, en outre de leur valeur, pour le tort que leur privation peut vous causer. Que si ces matériaux redevenaient meubles par leur séparation du sol, avant que vous en eussiez reçu le payement, vous pourriez les reprendre.

Notre article s'applique également au propriétaire de bonne foi et au propriétaire de mauvaise foi, et c'est même à ce dernier qu'il s'appliquera le plus souvent : il ne s'appliquerait à un propriétaire de bonne foi que dans le cas particulier où les matériaux auraient été perdus par leur maître, ou volés par une personne de laquelle le constructeur les aurait reçus dans l'ignorance du vol. En effet, si les matériaux n'ont été ni perdus ni volés, et que le propriétaire constructeur soit de bonne

foi, il a eu, dans ce cas, la propriété des matériaux dès le moment qu'ils sont tombés en sa possession; il les a acquis, non pas par l'effet de leur accession au sol et en vertu de notre art. 554, mais par prescription et en vertu de l'art. 2279. Ce n'est donc plus le cas de l'article; car il a employé, dans ce cas, des matériaux qui lui appartenaient et qui auraient continué de lui appartenir quand même il ne les aurait pas employés dans une construction.

II. — 425. La règle est identiquement la même pour les plantations que pour les constructions et autres ouvrages. C'est par le fait même de leur union au sol que les plantes appartiennent au propriétaire du terrain (quand celui-ci est de mauvaise foi ou que les plantes sont perdues ou volées); ce n'est pas seulement lorsqu'elles ont pris racine, comme le voulait le droit romain (*Instit.*, I, 2, t. 1, § 31). Toullier, cependant, enseigne le contraire (III, n° 127) : il pense que notre article a entendu reproduire la théorie romaine; d'autant mieux que le goût des plantes exotiques et rares étant devenu une passion, il serait injuste de dépouiller si facilement l'ancien propriétaire d'un objet auquel il peut attacher un grand prix d'affection.

Cette doctrine, que l'annotateur de Toullier, M. Duvergier, laisse passer sans observation, nous paraît cependant erronée. D'abord l'inconvénient est moins grave qu'il ne paraît; car si le propriétaire du terrain a planté de mauvaise foi, comme il peut alors être condamné à des dommages-intérêts, le juge pourra les fixer à un chiffre tel que ce propriétaire consente à rendre la plante pour éviter de les payer; que s'il a été de bonne foi, le seul fait qu'il refuse de remettre cette plante le rendant encore peu digne d'égards, la plante rare pourra être estimée à un prix assez haut pour conduire au même résultat. Mais, quoi qu'il en soit, nous devons suivre la loi; or, notre article attribue la propriété des plantes au propriétaire *qui a fait les plantations,* et, dans le Rapport au Tribunat, il a été dit que « *dès que la plantation est faite,* elle fait partie de la propriété du fonds par droit d'accession. » (Fenet, t. XI, p. 141.)

426. M. Duranton, qui reconnaît comme nous que le propriétaire devient maître de la plante par le seul fait de la plantation, veut qu'il y ait *exception* quand la plante sera exotique (IV, 374). Une telle idée ne demande pas de réfutation : il est clair que les plantes exotiques ne sont pas soumises à un autre droit que les plantes indigènes.

Quant aux meubles perdus, volés ou possédés de mauvaise foi, que le propriétaire placerait sur son fonds à perpétuelle demeure, mais sans les y attacher physiquement (par exemple, des arbustes en caisse, des statues non scellées, des animaux employés à la culture, etc.), ce n'est pas ici le lieu d'en parler; nous le ferons sous l'art. 564.

426 *bis*. La loi, maintenant, va nous dire, dans l'article suivant, quelle est notre obligation lorsqu'un tiers a fait à ses frais, sur ou dans notre terrain, des constructions ou travaux quelconques. Cette obligation varie selon que le tiers était ou non de bonne foi. Les deux

premiers alinéa de l'article et la première phrase du troisième sont relatifs au tiers de mauvaise foi; la dernière phrase parle du tiers de bonne foi.

555. — Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir, ou d'obliger ce tiers à les enlever.

Si le propriétaire du fonds demande la suppression des plantations et constructions, elle est aux frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui; il peut même être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds.

Si le propriétaire préfère conserver ces plantations et constructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir. Néanmoins, si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander la suppression desdits ouvrages, plantations et constructions; mais il aura le choix, ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur.

SOMMAIRE.

I. Rédaction vicieuse de l'article. Droit du propriétaire d'un immeuble vis-à-vis du tiers constructeur ou planteur, selon que celui-ci est ou non de bonne foi.
II. Équité des dispositions de l'article.
III. Le tiers de bonne foi n'est point tenu de compenser ses dépenses avec les fruits qu'il a perçus, à moins que les travaux n'aient été faits réellement et uniquement avec ces fruits.
IV. *Quid*, si, en face d'un constructeur de bonne foi, le propriétaire n'avait pas le moyen de payer les déboursés ou la plus-value?
V. Le tiers qui est en possession a le droit de retenir l'immeuble jusqu'au payement de l'indemnité.
VI. Notre article s'applique au fermier et aussi à l'usufruitier. Critique de la doctrine de Proudhon. Sens de l'art. 599.
VII. La circonstance que le tiers aurait construit avec les matériaux d'autrui ne changerait pas la position du propriétaire.

I. — 427. On trouvera sans doute étrange la rédaction de cet article qui place au milieu d'un troisième alinéa une phrase exprimant une des deux idées capitales de l'article; tellement qu'il eût été plus logique de ne donner à l'article que deux alinéa, dont le second aurait été formé par cette dernière phrase, et le premier par tout le reste de la disposition. — Ce vice tient à ce que l'article n'a pas été fait d'un seul jet. La dernière phrase a été ajoutée après coup, sur l'observation du Tribunat, et le conseil d'État n'a pas songé à refondre la rédaction primitive (Fenet, XI, p. 94 et 100).

L'article, au surplus, se résume à dire que si celui qui a mis des ouvrages sur mon fonds était dans les conditions de bonne foi expliquées sous l'art. 550, j'aurai le choix ou de lui verser une somme égale à ses déboursés, ou de lui payer la plus-value que ses travaux donnent à mon fonds; que s'il n'est pas dans ces mêmes conditions, mon choix sera ou de lui payer encore ses déboursés, ou de lui faire enlever les ouvrages à ses frais pour remettre les choses en leur état antérieur, en lui demandant encore des dommages-intérêts pour le préjudice qu'il peut me causer.

Pour que le propriétaire n'ait pas cette dernière faculté, pour qu'il n'ait à choisir qu'entre le payement des déboursés ou le payement de la plus-value, il faut, disons-nous, que le planteur ou constructeur soit dans les conditions de bonne foi expliquées sous l'art. 550. C'est-à-dire qu'il ne suffirait pas que celui-ci se soit vraiment cru propriétaire; il faut de plus que sa croyance ait eu pour fondement un titre translatif de propriété dont il ignorait les vices : une vente, une donation, un échange, etc. En effet, notre article déclare que la faveur de ne pouvoir être contraint à l'enlèvement des travaux n'est accordée qu'à celui qui est évincé sans être condamné à la restitution des fruits. Or, nous avons vu, sous l'art. 550, que le possesseur qui se croirait propriétaire sans cause suffisante, sans un titre légal (quoique vicieux) d'acquisition, ne gagnerait pas les fruits.

II. — 428. Au premier examen de notre article, il semble que le constructeur de bonne foi soit traité, sous un rapport, moins favorablement que le constructeur de mauvaise foi. En effet, supposons des travaux qui ne donnent au fonds qu'une plus-value de 20 000 francs, quoiqu'ils aient exigé 30 000 francs de dépenses; supposons aussi que ces travaux soient vraiment utiles au fonds, et que l'intérêt du propriétaire soit de les conserver : il pourra le faire vis-à-vis d'un tiers de bonne foi, en lui remboursant seulement 20 000 francs, montant de la plus-value; tandis qu'il ne le pourra, en face d'un constructeur de mauvaise foi, qu'en lui remboursant ses 30 000 francs de déboursés..... Il est bien vrai qu'il pourrait contraindre ce dernier à enlever tout; mais nous supposons que son intérêt et sa volonté sont de conserver les travaux: or, pour cela, il lui suffira de payer 20 000 francs si le constructeur est de bonne foi, et il lui faudra, au contraire, en payer 30 000 s'il est de mauvaise foi. N'y a-t-il pas là quelque chose de bizarre et d'inique?... Non, la disposition de la loi est parfaitement juste et à l'abri de tout reproche.

D'abord, la faveur que mérite le constructeur de bonne foi se trouve suffisamment consacrée par la garantie qu'on lui donne de ne jamais être contraint à enlever ses matériaux : on ne pouvait pas, en forçant le propriétaire à conserver des travaux dont peut-être il n'a que faire, et à payer une somme qu'il ne déboursera peut-être pas sans se gêner, lui refuser encore le droit de ne payer que la plus-value quand elle est moindre que les dépenses faites. Quand il conserve les travaux faits de mauvaise foi, c'est qu'il le veut bien, puisqu'il peut les faire enlever;

il ne peut donc jamais se plaindre. Mais quand il ne les garde que comme contraint et forcé, il serait injuste de les lui faire payer au delà du profit qu'il en doit tirer.

D'un autre côté, la position du constructeur de mauvaise foi n'est jamais aussi belle qu'elle peut le paraître au premier coup d'œil. Alors même que le propriétaire veut conserver les travaux, il peut dire à ce tiers : « Ces travaux qui vous ont coûté 30 000 francs, et qui augmentent de 20 000 francs la valeur de mon fonds, je veux que vous me les laissiez pour 15 000. Si vous n'y consentez pas, enlevez tout et rétablissez les choses dans leur premier état. Ainsi, démolissez, ce qui pourra vous coûter 2 000 francs ; rétablissez les choses dans leur ancien état, ce qui coûtera peut-être 3 000 francs ; payez-moi ensuite, pour le défaut de jouissance que je subis et pour le tort que ces changements font à mon terrain, une indemnité qui pourra s'élever à 3 ou 4 000 francs ; puis, vendez vos matériaux, dont vous ne tirerez peut-être que 16 000 francs. C'est 8 000 francs, au plus, qui vous resteront après beaucoup de travail, et je vous en offre 15 000 francs à l'instant même ; choisissez. » Il est clair que le tiers est à la discrétion du propriétaire et qu'il se contentera de 15 000 francs, quand le tiers de bonne foi en aurait du moins reçu 20 000.

III. — 428 *bis*. Devrait-on, sous le Code Napoléon, comme le faisait le jurisconsulte romain Papinien (D. l. 6, t. 48), dire que, dans le cas de travaux faits par un possesseur de bonne foi, le droit du constructeur à la plus-value résultant de ses travaux doit se compenser avec les fruits qu'il a perçus?... Non ; car ces fruits étaient siens ; il a pu les dépenser et les a probablement dépensés, tandis que pour construire il a déboursé ses capitaux ; que s'il a employé le prix des fruits à payer une partie de la construction, c'est que, d'un autre côté, il dépensait, en considération de ces fruits et en vivant plus largement, des sommes qu'il eût réservées si ces fruits n'avaient pas été siens. Les fruits ont été par lui dépensés d'année en année *lautius vivendo,* et les compenser aujourd'hui avec les constructions qu'il a faites, ce serait le ruiner, malgré la volonté contraire de la loi, en exigeant d'une manière détournée une restitution dont l'art. 549 le dispense. — Par exemple, supposez qu'un individu qui se croyait de bonne foi propriétaire d'un fonds ait fait des constructions considérables pour lesquelles il a dépensé tous ses capitaux (capitaux qui formaient sa fortune entière) ; supposez encore que le fonds soit assez considérable et qu'il l'ait possédé assez longtemps pour que les fruits qu'il en a tirés soient égaux, ou à peu près, à la valeur des constructions : si l'on admettait la compensation, le résultat serait la ruine complète du possesseur, et la règle que la possession de bonne foi donne la propriété des fruits ne serait plus qu'un piége tendu par le législateur.

Mais s'il était établi en fait que le possesseur du fonds, sans faire pour lui plus de dépenses que s'il n'avait pas recueilli les fruits, ne s'en servait que pour construire ou planter sur le fonds ; s'il était prouvé que les travaux faits sont vraiment la représentation des fruits exclu-

sivement employés à cet objet; comme alors, en laissant de côté es mots pour ne considérer que les choses dans leur résultat dernier, il serait vrai de dire que les ouvrages existants sont les fruits eux-mêmes laissés et accumulés sur l'immeuble, nous pensons que le propriétaire pourrait compenser. Dans ce cas, en effet, on peut dire que le possesseur n'a pas recueilli les fruits, il les a placés sur le fonds : *fructus augent fundum.*

IV. — 429. Si, dans le cas d'un constructeur de bonne foi, le propriétaire n'avait pas le moyen de payer la plus-value, comme dans ce cas on ne peut pas forcer ce constructeur à démolir, et que, d'un autre côté, on ne peut pas contraindre un propriétaire à abandonner tout ou partie de son bien pour arriver au payement de constructions qu'il n'a pas fait faire, on remplacera le payement de la plus-value (ou des déboursés, s'ils sont moins considérables) par une rente hypothéquée sur le fonds. C'est ce que décidait Pothier (*Dr. de propriété,* n° 347).

La question ne peut pas se présenter pour un constructeur de mauvaise foi, puisqu'on a toujours le droit de lui faire démolir et enlever ses ouvrages. Si les travaux sont tels que cette démolition ne doive lui être que peu ou point utile, tant pis pour lui; il ne mérite aucune faveur. D'ailleurs, pour peu que ces travaux donnent plus de valeur au fonds, le propriétaire ne demandera pas mieux que de les conserver en payant une légère rente; et le constructeur, qui n'a que ce moyen de ne pas perdre tout, ne manquera pas de s'entendre avec lui.

V. — 430. Dans tous les cas où il est dû indemnité au possesseur, celui-ci peut, jusqu'au remboursement effectué, retenir l'immeuble qu'on revendique contre lui. Le droit de rétention existe pour tout débiteur ou détenteur quelconque d'une chose, lorsqu'il a à exercer des répétitions relatives à cette chose. C'est un principe de droit et de raison que vous ne pouvez exiger de moi l'exécution de mon obligation de délivrer ou de restituer tel objet déterminé, qu'en exécutant vous-même les obligations qui sont corrélatives à la mienne.

Le Code fait l'application de ce principe dans les art. 867, 1673 et 1948; mais ce n'est pas seulement dans les cas où la loi l'a formellement consacré qu'existera ce droit de rétention, il est de droit commun (1).

VI. — 431. La règle de notre article s'applique, sans aucun doute selon nous, aux constructions et plantations qu'un fermier aurait faites sur le fonds loué : le propriétaire peut ou les lui faire enlever, ou lui rembourser ses dépenses; car ce fermier est évidemment constructeur de mauvaise foi : il ne possédait pas en vertu d'un titre translatif de propriété (2).

---

(1) *Conf.* Bastia, 9 juill. 1856; Rouen, 18 déc. 1856 (Dev., 56, II, 404; 57, II, 558). — Mais le droit de rétention n'existe pas au profit du possesseur de mauvaise foi. Cass., 25 mai 1852 (Dev., 52, I, 517; Dall., 52, I, 279); Bastia, 9 juill. 1856 (Dev., 56, II, 404); Grenoble, 10 juill. 1860 (Dev., 61, II, 21).

(2) *Voy.* Cass., 1er juill. 1851 (Dev., 51, I, 481; Dall., 51, I, 249); Cass., 7 avr. 1862 (Dev., 62, I, 459; Dall., 62, I, 282); Paris, 30 mai 1864 (Dev., 64, II, 266).

La question ne nous paraît pas plus douteuse à l'égard d'un usufruitier ; c'est tout simplement un constructeur de mauvaise foi, auquel on doit, comme à tout autre, rembourser le coût des travaux, si mieux on n'aime les lui laisser enlever. — Cette décision, cependant, n'est pas admise par tout le monde. Proudhon a enseigné (t. III, n° 1441), et deux arrêts ont jugé (1) qu'à la fin de l'usufruit, l'usufruitier ou ses représentants ne pouvaient rien réclamer des constructions ou travaux quelconques par lui faits sur le fonds. Voici sur quoi l'on fonde cette doctrine :

Dans le droit romain, dit-on, c'était un principe constant que l'usufruitier ne pouvait jamais rien réclamer contre le nu propriétaire pour les constructions et autres améliorations, et qu'il ne pouvait non plus les enlever : *Si quid inædificaverit, postea eum neque tollere hoc, neque refigere posse* (D. l. 7, t. 1, 15). Dans notre ancien droit, la même règle était unanimement suivie (Ferrière, *Cout. de Paris,* art. 262 ; Domat, *De l'Usufruit,* n° 19 ; Pothier, *Du Douaire,* n° 276). Chez nous, comme à Rome, on disait que l'usufruitier, sachant parfaitement qu'il n'est pas propriétaire, ne peut construire qu'avec l'intention de jouir des travaux pendant son usufruit seulement et de l'abandonner ensuite en don au nu propriétaire : *donasse videtur*. Cette attribution au propriétaire, résultant ainsi de la libéralité présumée de l'usufruitier, n'est donc pas une violation de la règle que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui... Or, ces idées du droit romain et de notre ancien droit français ont été formellement reproduites par l'art. 599 du Code, lequel déclare que « l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée. » Il est donc incontestable que, sous le Code comme auparavant, les travaux divers que l'usufruitier a pu faire sont acquis au propriétaire sans qu'il ait à payer aucune indemnité.

C'est là, selon nous, une grave erreur. Il est bien vrai que le droit romain et l'ancien droit français consacraient cette doctrine ; mais le Code, plus conforme à l'équité, la rejette par notre art. 555.

Si, autrefois, l'usufruitier ne pouvait réclamer aucune indemnité pour ses constructions, ce n'était pas *spécialement* à cause de sa qualité d'usufruitier ; c'était en vertu du *principe général* alors admis que tout individu qui construit, plante, etc., sur le fonds d'autrui, sachant que ce fonds est à autrui, était réputé faire cadeau de ses dépenses au propriétaire du fonds : *donasse videtur*.

En droit romain, un constructeur de mauvaise foi ne peut jamais avoir ni le droit de réclamer une indemnité, ni même celui de revendiquer ses matériaux, s'ils venaient à être séparés du sol : *Si quis in alieno solo sua materia ædificaverit... si scit alienum solum esse, suâ voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligitur ; itaque, neque diruto quidem ædificio, vindicatio ejus materiæ competit* (D. l. 41, t. 1,

(1) Rejet, 23 mars 1825 ; Bourges, 24 fév. 1837 (Dev., 38, II, 108).

7, § 12). Justinien, aux Institutes (l. 2, t. 1, § 30), nous dit également que le tiers possesseur qui sait que la chose ne lui appartient pas ne peut pas réclamer d'indemnité. — Telle est aussi la doctrine que Pothier développe au n° 276 de son *Traité du Douaire*. Il rappelle cette règle générale des Institutes : *Nam scienti alienum solum esse, potest objici culpa,* etc., et il ajoute que c'est SUIVANT CE PRINCIPE que l'usufruitier ne peut avoir aucune répétition contre le propriétaire. Il termine par combattre le reproche d'iniquité en disant qu'on ne peut opposer ici la règle *Neminem æquum est cum alterius damno locupletari,* attendu que quand l'individu a fait les impenses sur un héritage qu'il savait être d'autrui, il doit être censé avoir voulu en gratifier le propriétaire : *donasse videtur.*

Eh bien ! maintenant, ce *principe,* faux et inique, d'une prétendue donation qui n'est certainement pas dans la pensée du constructeur, notre Code l'a-t-il admis? Non. Le Code a voulu et a su être juste ; il a dit qu'on ne devait jamais s'enrichir aux dépens d'autrui, même aux dépens d'un homme de mauvaise foi ; et il déclare dans notre article que si des constructions sont faites sur votre terrain par un individu qui savait que le terrain ne lui appartenait pas, vous serez néanmoins tenu ou de les lui laisser enlever, ou de lui rembourser tout ce qu'il a dépensé. Ainsi, plus de donation tacite ; et l'usufruitier, comme tout autre, qui sait que le fonds ne lui appartient pas, obtiendra ou le montant de ses dépenses ou l'enlèvement de ses matériaux. — Aussi, remarquez la différence de rédaction qui existe entre notre article, qui parle d'ouvrages donnant lieu à la répétition, et l'art. 569 parlant des travaux pour lesquels la répétition n'est pas admise... Ici, le droit à l'enlèvement ou au montant des dépenses est accordé à tout individu de mauvaise foi *pour les plantations, constructions et autres ouvrages* considérables et apparents ; au contraire, dans l'art. 599, l'indemnité n'est refusée à l'usufruitier que *pour les améliorations qu'il prétendait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée.* Ainsi dans l'art. 599 il ne s'agit que de simples améliorations, comme engrais des terres, meilleure disposition des lieux, distribution plus commode des appartements, ornements et embellissements d'une maison. C'est parce qu'il est question des travaux dont le résultat n'est pas toujours apparent, que l'article parle des améliorations que l'usufruitier *prétendrait* avoir faites; c'est pour cela aussi qu'il ajoute, comme expression d'une circonstance qui ne se présentera pas souvent : *encore que la valeur de la chose en fût augmentée.* Et en effet, pour ces travaux de simple amélioration, il n'y aura pas de plus-value la plupart du temps : cette plus-value, d'ailleurs, serait souvent inappréciable ; enfin, il est évident que l'usufruitier, en fumant le jardin, en faisant peindre des lambris, percer une fenêtre, etc., a voulu tout simplement rendre la chose plus avantageuse ou plus agréable pour lui pendant sa jouissance, et sans l'arrière-pensée qu'aucun droit dût survivre, pour lui ou ses héritiers, à l'extinction de l'usufruit.

Qui oserait en dire autant lorsque l'usufruitier, comme dans l'espèce

du premier arrêt ci-dessus, a mis sur le terrain un édifice de 400 ou 500 000 francs?..... N'est-il pas évident que si l'art. 599 avait parlé des constructions, il aurait contredit et renversé la règle nouvelle portée dans la première partie de notre article?..... Aussi cet art. 599, lors de sa confection, n'a-t-il été entendu que des « travaux et dépenses que l'usufruitier *a le droit* de faire sur le fonds pour étendre ses moyens de jouir et pour lesquels il ne peut réclamer d'indemnité, *même* dans le cas où il aurait ajouté plus de valeur au fonds, parce que ces simples *améliorations* sont assez peu dispendieuses pour que les avantages qu'il en a retirés compensent ce qu'elles lui ont coûté. » (Fenet, XI, p. 222.)

VII. — 432. Notre article ne parle que d'ouvrages faits par un tiers *avec ses matériaux ;* mais qu'arriverait-il s'il avait construit sur mon fonds avec des matériaux appartenant à une tierce personne?

Cette circonstance ne changerait rien aux rapports qui existent, et qui viennent d'être expliqués, entre le constructeur et le propriétaire du terrain : celui-ci aurait toujours le droit ou de faire enlever la construction, ou de payer le montant des dépenses, si le constructeur est de mauvaise foi ; ou bien de payer à son choix le montant des dépenses, ou la plus-value du fonds, si le constructeur est de bonne foi.

Quant aux rapports du constructeur avec le propriétaire des matériaux, il n'y a plus à rechercher si le constructeur était de bonne ou de mauvaise foi relativement au terrain ; il faut seulement faire cette même distinction relativement aux matériaux. Si le constructeur était de bonne foi, c'est-à-dire s'il croyait que les matériaux lui appartenaient, comme en fait de meubles la simple prise de possession rend immédiatement propriétaire par prescription (art. 2279), les matériaux sont devenus la propriété de ce constructeur par l'acte de maître qu'il a fait sur eux; et si la construction venait à être démolie (sans que le prix des matériaux eût été payé par l'ancien propriétaire du terrain), ce serait ce constructeur, et non le propriétaire des matériaux, qui pourrait les prendre; ce propriétaire n'aurait rien à réclamer. Que si le constructeur était de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il savait que les matériaux ne lui appartenaient pas, leur propriétaire pourrait toujours les revendiquer dans ce même cas de démolition (faite avant le payement des matériaux par le propriétaire du terrain) ; mais si la démolition n'avait pas lieu (ou si elle ne se faisait que quand le maître du terrain a payé les matériaux), l'ancien propriétaire de ces matériaux ne pourrait pas encore les réclamer, il aurait seulement un recours contre le constructeur pour se faire indemniser.

Au reste, ces rapports du constructeur avec le propriétaire des matériaux, rapports qui se compliquent encore par les règles spéciales, dans le cas de meubles perdus ou volés, seront mieux compris plus tard par l'explication des art. 2279 et 2280. Il nous suffit, pour ce qui concerne notre matière, de répéter que, quelles que soient les circonstances et quand même les matériaux employés auraient été volés par le constructeur, le propriétaire du terrain reste toujours dans la même

condition; toujours les matériaux deviennent sa propriété par leur accession au sol, *accessio cedit principali :* les art. 2279 et 2280 n'apportent aucune modification aux droits que lui donne notre article, lequel pourrait être rédigé ainsi : Lorsque les ouvrages ont été faits par un tiers, *avec ses matériaux ou avec les matériaux d'autrui,* le propriétaire, etc.

556. — Les atterrissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière, s'appellent *alluvion.*

L'alluvion profite au propriétaire riverain, soit qu'il s'agisse d'un fleuve ou d'une rivière navigable, flottable ou non; à la charge, dans le premier cas, de laisser le marchepied ou chemin de halage, conformément aux règlements.

433. Cet article et tous les autres articles de la section, moins le dernier, s'occupent du second objet indiqué plus haut : l'accession résultant du voisinage d'un fleuve ou d'une rivière.

Les accroissements de terre qui se forment peu à peu aux rives d'une rivière appartiennent, avec ces rives, et comme en faisant partie, aux propriétaires des fonds riverains, dans quelque classe que se trouve la rivière dont il s'agit (1). Seulement, quand c'est une rivière navigable, le propriétaire riverain reste toujours tenu de fournir le chemin de halage, appelé aussi marchepied. — Le terrain que prend ce chemin continue, bien entendu, d'appartenir au propriétaire : il est seulement frappé d'une servitude légale pour les besoins de la navigation (art. 650); en sorte que le propriétaire pourrait empêcher les promeneurs, et toutes personnes étrangères à la navigation de la rivière, de mettre le pied sur le chemin (2).

557. — Il en est de même des relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de ses rives en se portant sur l'autre : le propriétaire de la rive découverte profite de l'alluvion, sans que le riverain du côté opposé y puisse venir réclamer le terrain qu'il a perdu.

Ce droit n'a pas lieu à l'égard des relais de la mer.

434. Le terrain riverain d'un cours d'eau se trouve, par la nature même des choses, avoir des limites variables qui peuvent, selon les cir-

---

(1) Pour le partage d'une alluvion entre les divers riverains, il faut tirer des deux points extrêmes de chaque fonds sur l'ancienne rive deux lignes perpendiculaires au cours général de l'eau parallèles entre elles, et attribuer toute la partie de l'alluvion comprise entre ces parallèles au propriétaire du fonds d'où elles sont tirées. Agen, 25 janv. 1854 (Dev., 54, II, 227; Dall., 54, II, 229).

(2) Les terrains d'alluvion ne profitent aux riverains qu'autant qu'ils ont cessé de faire partie du lit du fleuve ou de la rivière, et ils sont réputés faire partie de ce lit tant qu'ils se trouvent couverts par les eaux parvenues à leur plus grande hauteur, sans débordement. Orléans, 28 fév. 1850; Toulouse, 22 juin 1860; Cass., 8 déc. 1863 (Dev., 50, II, 273; 60, II, 471; 64, I, 29).

constances, se rapprocher ou s'éloigner. Quand je suis propriétaire jusqu'à telle rivière, mon terrain devient plus étroit si la rivière s'avance sur lui; il s'agrandit si elle recule vers la rive opposée. Dans un cas ou dans l'autre, personne ne peut se plaindre, puisque c'est là un résultat indépendant de toute volonté humaine. Le relais que forme une eau courante profite donc au propriétaire riverain (1).

Quant aux relais de la mer, ils accèdent également au rivage et en font partie; mais, comme ces rivages appartiennent à l'État, c'est à l'État que profite l'accroissement par alluvion.

558. — L'alluvion n'a pas lieu à l'égard des lacs et étangs, dont le propriétaire conserve toujours le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang, encore que le volume de l'eau vienne à diminuer.

Réciproquement le propriétaire de l'étang n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir dans les crues extraordinaires.

435. On appelle lac un grand amas d'eau se conservant perpétuellement et naturellement par la disposition même des lieux; on appelle étang un amas d'eau retenu par des travaux qu'a pratiqués la main de l'homme, et dans lequel on nourrit ordinairement du poisson. Des lacs d'une grande étendue peuvent faire partie du domaine public; un étang, au contraire, est toujours un bien privé, même quand il appartient à l'État.

Les lacs et étangs n'étant pas susceptibles, comme les eaux courantes, soit de charrier des terres, soit de s'écarter d'une rive pour se reporter sur l'autre, n'empêchent pas les fonds voisins d'avoir des limites fixes et invariables. Le terrain que couvre votre lac ou votre étang, et qui borne le mien, vous appartient jusqu'à telle ligne déterminée, qui reste toujours la même, soit que le volume de l'eau augmente ou qu'il diminue.

559. — Si un fleuve ou une rivière, navigable ou non, enlève par une force subite une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain, et la porte vers un champ inférieur ou sur la rive opposée, le propriétaire de la partie enlevée peut réclamer sa propriété; mais il est tenu de former sa demande dans l'année : après ce délai, il n'y sera plus recevable, à moins que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée a été unie, n'eût pas encore pris possession de celle-ci.

---

(1) Lorsque le cours d'eau qui coulait entre deux domaines s'est porté entièrement sur l'un d'eux par l'effet de crues successives, laissant entre son nouveau lit et l'autre domaine des portions de terrain provenant du domaine envahi, ces terrains continuent d'appartenir au propriétaire de ce dernier domaine. Paris, 1er déc. 1855 (Dev., 56, II, 434; *J. Pal.*, 56, I, 110).

436. L'alluvion est l'accroissement qui se forme successivement et imperceptiblement (art. 556), *incrementum latens :* c'est dans ce cas, et quand il est impossible de savoir à qui appartiennent les terres ajoutées peu à peu à mon terrain, que j'en suis propriétaire. Il en est autrement quand l'eau enlève à un champ, et vient fixer au mien, une portion reconnaissable de terre : dans ce cas, le propriétaire du champ dont une partie est ainsi enlevée reste toujours maître de cette partie et il peut venir la reprendre. Toutefois, et bien entendu, il doit le faire avant que la prescription n'en soit acquise au propriétaire du champ contre lequel la portion de terre s'est trouvée portée. Or, la prescription s'accomplit, dans ce cas particulier, par ces deux circonstances: 1° qu'il s'est écoulé une année depuis l'enlèvement; 2° que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée est unie en a pris possession, ne fût-ce que depuis quelques jours.

560. — Les îles, îlots, atterrissements, qui se forment dans le lit des fleuves ou des rivières navigables ou flottables, appartiennent à l'État, s'il n'y a titre ou prescription contraire.

561. — Les îles et atterrissements qui se forment dans les rivières non navigables et non flottables, appartiennent aux propriétaires riverains du côté où l'île s'est formée : si l'île n'est pas formée d'un seul côté, elle appartient aux propriétaires riverains des deux côtés, à partir de la ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière.

SOMMAIRE.

I. Les petites rivières appartiennent aux riverains. Exposé de la doctrine contraire.
II. Établissement de notre doctrine. L'art. 561 est une conséquence de ce principe.

I. — 437. Quand une île est très-petite, on lui donne le nom d'îlot. Les îles et îlots reçoivent le nom d'atterrissements quand, au lieu d'être des portions du lit que l'eau laisse à découvert, ce sont des amas de terre que le courant a charriés et amoncelés jusqu'au-dessus de la surface de l'eau. Dans tous les cas, ce sont des îles.

Les îles qui naissent dans une rivière, quelque nom qu'on leur donne, soit à raison de leur étendue, soit à raison de la manière dont elles se forment, sont évidemment l'accessoire et une partie du lit de la rivière; en conséquence, elles appartiennent au même propriétaire que le lit. Ainsi, dans les fleuves et dans les rivières navigables ou flottables avec radeaux, la rivière et son lit appartiennent à l'État, c'est à l'État que les îles appartiennent (mais, bien entendu, elles cesseraient de lui appartenir s'il les aliénait ou si un tiers les acquérait par prescription). Dans les petites rivières, au contraire, la rivière et son lit appartenant aux propriétaires riverains, c'est à eux aussi qu'appartiennent les îles.

Quelques auteurs (1) nient que le lit des petites rivières appartienne

(1) Merlin (*Rép.*, v° Rivière, § 2, 1); Proudhon (*Dom. publ.*, III, 933); Tarbé

aux propriétaires riverains; suivant eux, l'ensemble de la rivière, c'est-à-dire le cours d'eau et son lit, serait, par la nature même des choses, une dépendance du domaine public, la propriété de l'État, et les propriétaires riverains en auraient seulement la jouissance.

Les raisons ne manquent pas à l'appui de cette doctrine. « Dans l'ancien droit, dit-on, les petites rivières étaient en général, et sauf quelques localités dans lesquelles elles appartenaient aux propriétaires riverains, la propriété des seigneurs hauts justiciers. Le régime féodal et ses institutions ayant complétement disparu lors de la révolution de 1789, c'est évidemment à l'État, à qui passa la haute justice des seigneurs, que passa en même temps cette propriété, et l'on ne voit pas qu'aucun texte soit venu changer cet état de choses; au contraire, deux articles de notre section, les art. 557 et 563, prouvent qu'il est maintenu par le Code. — En effet, d'après l'art. 557, le relais formé par le retrait successif et insensible d'une petite rivière appartient en entier au rivage dont l'eau s'éloigne; et ce, quand même le courant se retirerait de toute la largeur de son lit, et reprendrait toute cette largeur sur le terrain de la rive opposée. Or, il n'en pourrait pas être ainsi si les deux riverains étaient propriétaires du lit chacun pour moitié, puisque alors, donner le lit entier à l'un d'eux, ce serait exproprier l'autre de sa moitié. Il y aurait donc là expropriation forcée au profit d'un particulier et sans aucune indemnité, tandis que l'art. 545 du Code Napoléon et l'art. 11 de la Constitution ne permettent l'expropriation que pour cause d'utilité *publique* et moyennant *indemnité préalable*. — Un argument semblable et plus frappant encore se tire de l'art. 563. Quand une petite rivière change son cours et abandonne son ancien lit, ce lit est attribué par la loi au propriétaire du terrain sur lequel le courant prend son lit nouveau. Si donc l'ancien appartenait, comme on le dit, aux anciens riverains, il y aurait encore expropriation forcée de ces riverains pour cause d'utilité *privée*, et sans aucune indemnité, ni préalable ni postérieure. Ceci est évidemment impossible. Il est clair que si l'État dispose ainsi du lit, c'est que ce lit lui appartient. — Enfin, ce qui prouve encore que les petites rivières sont des propriétés publiques, c'est le droit de flottage que tous peuvent y exercer sans payer aucun péage; ce sont les différents droits que l'administration s'est réservés sur elles, soit quant au curage, soit quant aux travaux à établir sur leur lit, etc. »

II. — 438. Tout ceci n'est pas concluant, et nous croyons fermement, avec la majorité des auteurs (1), que l'État, devenu en effet propriétaire des petites rivières par l'abolition du régime féodal, en a

---

(*Trav. publ.*, v° Cours d'eau); Foucart (*Dr. adm.*, t. III); Carou (*Act. poss.*, n° 162); Nadault (*Usines*, t. II); Laferrière (*Cours de dr. publ.*, I, p. 681 et suiv.); Demolombe (X, n°s 128 et suiv.); Aubry et Rau (II, § 169, note 8, p. 34). — *Conf.* Cass., 10 juin 1846 (Dev., 46, I, 433; Dall., 46, I, 177); 17 juin 1850 (Dall., 50, I, 202); 6 mai 1861 (Dev., 61, I, 958; Dall., 61, I, 273). *Voy.* aussi Cass., 8 mars 1865 (Dev., 65, I, 108).

(1) Toullier (III, 144); Duranton (V, 208); Pardessus (*Servit.*, n° 74); Fournel (*Voisin.*, I, 372); Carré (*Just. de p.*, II, 1505); Chardon (*Alluv.*, n° 46); Favard (v° Rivière); Dubreuil (*Eaux*, tit. 2, ch. 2); Daviel (*Cours d'eau*, n° 530); Troplong (*Prescr.*, I, 145); Hennequin (*Législat.*, I, p. 214); Cotelle (*Dr. adm.*, t. I); Cormenin

attribué la propriété plus tard aux riverains, lors de la confection du Code.

Ainsi, d'abord, supposé le droit de propriété des riverains, il est clair qu'on s'expliquera parfaitement le droit de flottage comme une servitude semblable au chemin de halage, et les différents droits de l'administration comme une simple surveillance de police : est-ce que ma cheminée n'est pas à moi, parce qu'on me *force* de la faire ramoner? — Prétendre que les petites rivières ne sont pas plus que les grandes susceptibles par leur nature de propriété privée, c'est nier l'évidence. Leur lit est assez restreint en profondeur et en largeur pour qu'on puisse y mettre des digues, des barrages, des ponts ; y asseoir des constructions, des usines, des établissements de tous genres; en extraire du sable; en modifier ou changer le cours, etc. : la possession de l'homme peut donc les saisir. Aussi, par notre ancien droit, elles étaient, dans quelques pays, la propriété privée des particuliers. — L'argument tiré de l'art. 557 nous paraît pleinement insignifiant. La ligne séparative des deux propriétaires riverains, c'est le milieu de la rivière; donc, quand la rivière s'écarte insensiblement d'une rive et se porte sur l'autre, le milieu de la rivière se déplaçant naturellement, la ligne séparative des deux propriétés se déplace, et voilà tout : si, à la longue, ce milieu de la rivière, cette ligne séparative, se déplace assez pour que je me trouve propriétaire de tout l'ancien lit, même de votre moitié, c'est tout simplement le résultat de ce que la limite de nos héritages est variable et mobile, et il est impossible de parler ici d'expropriation. — L'argument tiré de l'art. 563 a du moins une certaine force, c'est le seul qui fasse objection sérieuse à la doctrine que nous allons établir. Mais cette objection n'est pas insoluble, et l'on peut voir là, au lieu d'expropriation forcée, une simple résolution, stipulée à l'avance, du droit de propriété. En effet, l'État, devenu en 1789 propriétaire des petites rivières, a bien pu en 1804, lors de la promulgation du Code, ne les attribuer aux propriétaires riverains que sous certaines conditions ou réserves ; il a bien pu stipuler (et c'est ce qu'il a fait dans l'art. 563) que les riverains cesseraient d'être propriétaires si telle circonstance (qui sera nécessairement rare) se réalisait, c'est-à-dire si la rivière quittait tout à coup son lit pour en prendre un nouveau.

Maintenant, ce qui prouve, selon nous, la propriété des riverains, c'est 1° que l'art. 538 ne range dans les biens du domaine public que les fleuves et les rivières navigables ou flottables, mais non les petites rivières ; 2° que nos art. 560 et 561 attribuent les îles, par droit d'*accession,* à l'État dans les fleuves et rivières navigables ou flottables, et aux riverains dans les autres rivières ; 3° enfin, que depuis la promul-

---

(v° Cours d'eau, § 3); Dufour (*Dr. adm.*, II, 1198); Championnière (*Rev. de législat.*, t. XXI, p. 1); Amiens, 28 janv. 1834; Toulouse, 2 mai 1834 (Dev., 34, II, 425).

Quant aux cours d'eau ayant le caractère de simples ruisseaux, ils appartiennent aux riverains. Colmar, 15 nov. 1844 (*J. Pal.*, 63, 812, note); Agen, 4 mars 1856 (Dev., 56, II, 136; *J. Pal.*, 57, 233); Bordeaux, 7 août 1862 (Dev., 63, II, 110; *J. Pal.*, 63, 812).

gation du Code, l'État fait payer aux riverains des petites rivières la contribution foncière jusqu'au milieu de la rivière. Tout ceci nous paraît décisif et péremptoire (*voy.* aussi les art. 641-644, et la note de l'art. 563).

562. — Si une rivière ou un fleuve, en se formant un bras nouveau, coupe et embrasse le champ d'un propriétaire riverain, et en fait une île, ce propriétaire conserve la propriété de son champ, encore que l'île se soit formée dans un fleuve ou dans une rivière navigable ou flottable.

439. Quand une rivière, petite ou grande, peu importe, au lieu de couler toujours dans un seul lit, comme elle faisait d'abord, laisse, à partir d'un certain point, couler une partie de ses eaux dans un lit nouveau, de manière à former un bras qui va rejoindre plus bas le lit ancien, il est clair que le terrain qui se trouve pris entre les deux bras n'est pas une île née dans le cours d'eau : c'est évidemment le même terrain qu'auparavant, et il continue d'appartenir au même propriétaire.

563. — Si un fleuve ou une rivière navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé.

440. Cet article se trouve expliqué par ce qui a été dit sous les art. 560 et 561, où l'on a vu que, dans notre opinion, les riverains d'un cours d'eau non flottable n'ont été gratifiés de la propriété du lit que résolutoirement et sous la condition que leur propriété s'évanouirait quand le cas prévu par notre article viendrait à se réaliser.

Et puisque les riverains n'ont sur le lit qu'une propriété résoluble pour ce cas, il est clair que les îles nées dans la petite rivière ne leur appartiennent que de la même manière, puisqu'ils ne les prennent que comme accessoire et partie de ce lit. Lors donc que la rivière changera de cours, les propriétaires des terrains nouvellement occupés prendront l'ancien lit dans l'état où il se trouve, avec les îles qui pouvaient y exister, lesquelles, aujourd'hui que le lit est à sec, ne sont plus que de petits monticules de terre, de simples accidents du terrain (1).

---

(1) Cette circonstance, à laquelle les différents auteurs ne paraissent pas avoir songé, devient, selon nous, une objection insoluble contre la doctrine qui dénie aux riverains la propriété du lit des petites rivières. En effet, la propriété de l'île n'étant plus, dans cette doctrine, la conséquence de la propriété du lit, mais un droit absolu et indépendant, il faudra, en cas de changement de lit, ou bien refuser au propriétaire qui prend l'ancien lit, à titre d'indemnité, la propriété de l'ancienne île, ou bien reconnaître qu'il ne l'obtient que par expropriation forcée. Mais lui dénier la propriété de l'île, c'est impossible, puisque cette île, une fois le lit desséché, c'est le lit

Que si l'ancien propriétaire du lit et des îles y avait fait des constructions ou travaux quelconques, le nouveau propriétaire serait tenu de lui en rembourser la valeur (art. 555 et 1673).

Du reste, ce n'est pas par accession que la propriété de l'ancien lit est acquise au propriétaire dont le terrain est occupé par le nouveau lit, car le fonds de ce propriétaire peut fort bien n'être pas en contact avec l'ancien lit qu'on lui attribue. Notre article présente donc un cas d'acquisition s'accomplissant directement et uniquement par la volonté de la loi, *lege*.

564. — Les pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou étang, appartiennent au propriétaire de ces objets, pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par fraude et artifice.

SOMMAIRE.

I. Mauvaise rédaction de l'article. Sa règle s'applique alors même que les animaux dont il parle sont attirés par fraude, et elle ne s'applique pas seulement à ces animaux.

II. Nouvelle preuve, offerte par notre section, de la mauvaise rédaction des art. 522-525 et de l'inexactitude de la doctrine de M. Demante et autres.

I. — 441. Quoique cet article se trouve expliqué déjà par ce qui a été dit sous les art. 525 et 546, nous devons cependant entrer encore dans quelques détails, ne fût-ce que pour prévenir deux erreurs que pourrait engendrer la rédaction vicieuse de notre texte.

D'abord, ce texte, pris dans son sens naturel, semblerait dire que le propriétaire du colombier, de la garenne ou de l'étang, ne sera propriétaire des nouveaux pigeons, lapins ou poissons, qu'autant qu'il ne les aurait pas attirés par fraude et artifice : or, ce serait une erreur. De quelque manière que les animaux soient venus sur le fonds, du moment qu'ils y sont habitués et qu'ils y ont fixé leur demeure, ils appartiennent au propriétaire. Ces animaux ne faisant qu'un seul tout avec mon fonds, ils sont à moi comme le fonds. — Supposez que j'aie attiré frauduleusement vos pigeons, en attachant à mon colombier quelque substance de nature à produire cet effet, supposez même que j'aie été voler quelques poissons dans votre étang pour les jeter dans le mien, comment viendriez-vous revendiquer ces quelques pigeons ou poissons parmi les milliers d'animaux que renferment mon colombier et mon étang?..... C'est bien le cas de dire, avec la théorie romaine, qu'ils sont perdus et anéantis dans ma propriété : *accessio cedit principali ; accessio cum principali unitatem facit,* et que dès lors ils ne peuvent plus être revendiqués : *extinctæ res vindicari non possunt.* C'est donc par le fait même

---

même dans la partie où il présente une éminence. Il serait absurde de me dire propriétaire d'un terrain, moins le sommet d'un monticule; de dire que ce monticule est à moi, et que ce sommet est à vous. D'autre part, reconnaître que le propriétaire qui prend le lit le prend dans son ensemble et avec les parties supérieures qui étaient précédemment de petites îles, c'est tomber dans l'impossibilité légale qu'on nous reprochait plus haut d'une expropriation forcée faite pour cause d'utilité *privée* et sans *aucune indemnité*.

de leur accession, et sans aucune condition quelconque, que ces animaux appartiennent au propriétaire du fonds. Seulement (et c'est là ce que l'article a voulu indiquer), quand il y a eu ainsi fraude du propriétaire, ce n'est pas purement et simplement, ce n'est pas sans obligation vis-à-vis de vous qu'il en devient propriétaire; comme c'est par sa faute qu'il vous a causé la perte des animaux, il est tenu de vous en indemniser (art. 1382). Ainsi, tout en demeurant propriétaire des objets, il doit vous en payer la valeur, sauf encore de plus amples dommages-intérêts, et même des poursuites criminelles, s'il y a lieu (1).

En second lieu, ce n'est pas seulement pour les pigeons de colombier, les lapins de garenne et les poissons d'étang, que la règle s'appliquera; c'est pour toutes les choses mobilières que nous avons vues s'immobiliser par le seul fait de leur accession morale à un immeuble (p. 347, 1°). Ainsi, des chevreuils, daims et tous animaux constituant le gibier d'un parc, lorsqu'ils passeront de votre parc dans le mien; des clefs de bâtiments, des échalas de vignes qui seraient mis sur mon fonds par un tiers (un fermier, par exemple) deviendront à l'instant ma propriété, sans indemnité dans le premier cas, et sauf indemnité dans le second, parce qu'il y a eu alors gestion d'affaires de la part du tiers (art. 1375).

442. Pour bien préciser le principe mal formulé par notre article, rappelons quelques idées antérieurement développées.

On sait que les immeubles par destination sont les choses mobilières qui, sans tenir réellement à un fonds, sans devenir physiquement immobiles, se trouvent immobilisées fictivement et légalement par leur rapport moral avec le fonds. On sait aussi que ces immeubles par destination sont de deux espèces : 1° les objets pour lesquels l'accession à l'immeuble se réalise par la nature même des choses, sans autre condition ni circonstance que le fait du rapport établi entre eux et l'immeuble, par quelque cause que s'établisse ce rapport; 2° les objets pour lesquels l'accession ne se réalise que par la volonté directe du propriétaire et quand ils sont mis sur le fonds à perpétuité par ce propriétaire lui-même : tels sont les animaux attachés à la culture, les ustensiles aratoires, les pailles et engrais, etc., etc.

Eh bien, c'est à la première espèce de ces immeubles par destination que s'applique la règle de notre article. En effet, puisque ces objets deviennent l'accessoire du fonds, quelle que soit la cause qui procure leur union morale avec ce fonds, il n'y aura donc pas à rechercher cette cause pour déclarer qu'ils appartiennent au propriétaire du fonds; ils lui appartiendront, dans tous les cas, d'après cette règle absolue : *accessio cedit principali, accessorium sequitur principale.* Au contraire, la seconde espèce d'immeubles par destination comprenant des objets

(1) Pothier enseignait cette doctrine (*Dr. de propr.*, n° 167), et M. Duranton a soin de la reproduire en relevant la mauvaise rédaction de notre article (t. IV, n° 423). Quant à Toullier, il se contente ici, comme trop souvent, de copier notre article sans en donner aucune explication (t. III, n° 146, alin. dernier), et son annotateur, M. Duvergier, n'ajoute rien au texte de Toullier.

qui ne s'immobilisent que par la volonté spéciale du propriétaire du fonds, et nullement par la nature des choses, et cette volonté ne devant pas, ne pouvant pas être sanctionnée par la loi quand elle s'exerce en dehors de votre patrimoine, il s'ensuit que l'accession ne se réalisera pas pour ces objets, et que dès lors leur immobilisation n'aura pas lieu, alors même qu'ils auraient été mis à toujours sur le fonds par le propriétaire, s'il n'avait pas le droit de les y mettre. Ainsi, tandis que le poisson sorti de votre étang et tombé dans le mien m'appartient toujours, et quand même je vous l'aurais volé (sauf, alors, des dommages-intérêts), le bœuf que je vous volerais ne deviendrait pas mien, et je ne pourrais pas en empêcher la revendication, par le curieux prétexte que je l'ai attaché à toujours à la culture de mes terres. Nous avons déjà fait cette remarque en terminant l'explication de l'art. 525.

Quant aux meubles immobilisés *réellement* par leur accession *physique* au fonds (comme les pierres, briques, poutres formant un bâtiment, ou des cuves, chaudières et autres objets, fixés et scellés en maçonnerie ou autrement), nous avons vu que, malgré la rédaction contraire des art. 522-525, ils sont tous immeubles par nature. Ces objets sont donc aussi, comme accessoire et partie de fonds, la propriété du maître de ce fonds. Mais ce n'est pas à ce cas que s'applique notre article; c'est dans les art. 553 à 555 que cette conséquence a été proclamée.

II. — 443. L'explication de cet article et des précédents nous présente une nouvelle preuve de l'inexactitude dans laquelle sont tombés les rédacteurs du Code dans leur classification des immeubles.

Dans le titre précédent, le Code, sans aucun motif de distinction, sans aucune cause logique de division, déclare immeubles *par destination* seulement les briques entrant dans la maçonnerie qui fixe au sol mes cuves de teinture; puis il appelle immeubles *par nature* les autres briques entrant dans la maçonnerie du hangar qui abrite ces mêmes cuves. Or, dans notre titre, la nature des choses, la force de la vérité a conduit les rédacteurs à reconnaître implicitement que ces objets doivent être mis sur la même ligne et qu'il n'existe entre eux aucun point logique de démarcation. — Qu'on réfléchisse, et l'on verra que notre section est la meilleure critique de la classification adoptée par le Code, et la justification complète de la théorie que nous avons présentée.

Voyez... Nous avons dit que les objets que le Code appelle immeubles par destination devraient être nommés immeubles par accession, et que, rigoureusement, la classe des immeubles par accession comprenait les bâtiments eux-mêmes, les arbres, les plantes diverses, et généralement tout ce qui tient au sol sans être le sol lui-même. Or, voici que notre section indique en effet les plantations et constructions comme étant acquises *par accession* au propriétaire du terrain (art. 553-555). — Nous avons ajouté que si l'on voulait bien cependant appeler les bâtiments immeubles par nature (en écartant la nature primitive des matériaux pour ne considérer que la nature nouvelle du bâtiment), il fallait appeler du même nom et mettre sur la même ligne tous les ouvrages

quelconques unis *physiquement* soit au sol immédiatement, soit à un bâtiment fixé lui-même au sol. Or, voici que les art. 553 à 555 mettent en effet sur la même ligne les constructions *et tous ouvrages* faits sur un terrain ou dans l'intérieur. — Nous avons dit que les objets unis physiquement à un fonds ne devaient pas être confondus avec ceux qui ne sont immobilisés que fictivement, par une accession morale seulement qui ne change pas *en fait* leur nature mobilière. Or, voici qu'en effet le Code classe ici les uns dans la première partie de la section (art. 553 à 555), tandis qu'il rejette les autres dans la troisième partie (art. 564). — Nous avons, enfin, fait voir que les immeubles par simple accession morale (ou par simple destination, pour parler comme le Code) devaient être subdivisés en deux espèces très-distinctes, dont l'une s'immobilise par la force même des choses, tandis que pour la seconde l'immobilisation est soumise à la condition que la chose soit mise sur le fonds par le propriétaire lui-même. Or le Code reconnaît ici la distinction de ces deux espèces, puisque notre art. 564 porte pour la première une règle inapplicable à la seconde. — Ce dernier article apporte la contradiction la plus positive à la proposition, répétée deux fois par l'art. 524, qu'un objet n'est immeuble par destination, par accession, qu'autant qu'il est placé sur le fonds *par le propriétaire ;* et M. Demante, entre autres auteurs, tombe à ce sujet dans la même contradiction que le Code (*compar. ses n*^{os} 516 et 519 *avec le n*° 567), et aussi dans l'erreur que nous venons de signaler au n° 441.

SECTION II.

DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSES MOBILIÈRES.

565. — Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle.

Les règles suivantes serviront d'exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières.

I. — 444. Les différentes circonstances dans lesquelles peut se présenter l'union des choses mobilières appartenant à plusieurs sont si nombreuses et si variables, qu'il était impossible de soumettre cette matière à des principes absolus.

La décision de chaque affaire est donc abandonnée, par le législateur lui-même, à l'application que devront faire les tribunaux des règles de l'équité naturelle : c'est seulement pour guider le juge dans cette application, et par forme d'exemples, que sont tracées les règles de la section. Toutefois, ces règles, en même temps qu'elles doivent servir d'exemple, sont, bien entendu, des dispositions législatives obligatoires, et ce n'est que dans le silence de la loi, *dans les cas non prévus,* comme le dit positivement l'article, que le juge pourra recourir aux inspirations de sa conscience : quand une espèce sera évidemment prévue par

l'un de nos articles, il ne sera plus au pouvoir du juge de s'écarter de la disposition formelle de la loi.

Les règles tracées par les art. 566 à 574 se réfèrent à trois hypothèses :

1° L'*Adjonction*, c'est-à-dire la simple union de choses toujours séparables et continuant de former des individus distincts (art. 566-569) ;

2° La *Spécification*, c'est-à-dire l'emploi de la matière d'autrui à la formation d'une espèce nouvelle (art. 570-572);

3° Le *Mélange* des matières appartenant à plusieurs maîtres (art. 573 et 574).

Les trois derniers articles (575-577) présentent des règles communes aux trois hypothèses.

II. — 445. Au reste, il est clair que ces différentes règles ne s'appliqueront qu'autant que l'union ou la transformation des choses se seront effectuées sans le consentement des propriétaires. Quand l'opération sera le résultat de la volonté des parties, on n'aura qu'à suivre la convention arrêtée entre elles.

Une autre idée dont il est important de se pénétrer pour l'intelligence de cette matière, c'est que les règles de cette section ne s'appliquent que quand l'union ou la transformation des choses a été faite de mauvaise foi, ou sur des choses perdues ou volées. Quand les choses ne sont ni perdues ni volées et qu'elles ont été employées de bonne foi, il n'y a plus à s'occuper des règles de l'accession : il n'y a plus à rechercher quelle chose sera principale pour attribuer à son maître la propriété de la chose accessoire ; tout est réglé par l'art. 2279, qui déclare que dans ce cas les deux choses unies appartiennent à celui qui les possède. Il ne s'agit donc que de choses employées de mauvaise foi ou que leur propriétaire avait perdues, ou qui lui avaient été volées par un tiers qui les a transmises à celui qui les possède aujourd'hui.

§ 1er. — De l'Adjonction.

566. — Lorsque deux choses appartenant à différents maîtres, qui ont été unies de manière à former un tout, sont néanmoins séparables, en sorte que l'une puisse subsister sans l'autre, le tout appartient au maître de la chose qui forme la partie principale, à la charge de payer à l'autre la valeur de la chose qui a été unie.

567. — Est réputée partie principale celle à laquelle l'autre n'a été unie que pour l'usage, l'ornement ou le complément de la première.

568. — Néanmoins, quand la chose unie est beaucoup plus précieuse que la chose principale, et quand elle a été employée à l'insu du propriétaire, celui-ci peut demander que la chose unie soit séparée pour lui être rendue, même quand il pourrait en résulter quelque dégradation de la chose à laquelle elle a été jointe.

569. — Si de deux choses unies pour former un seul tout, l'une ne peut point être regardée comme l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée principale qui est la plus considérable en valeur, ou en volume, si les valeurs sont à peu près égales.

I. — 446. De ces quatre articles relatifs à l'adjonction, le premier pose une règle que développent le second et le quatrième, et à laquelle le troisième apporte une exception.

La règle, c'est qu'en cas d'adjonction la chose accessoire appartient au maître de la chose principale, à la charge par lui d'en payer le prix (art. 566). Trois moyens successifs sont donnés par la loi pour déterminer laquelle des deux choses est la principale. D'abord, celle-là est véritablement principale, pour l'usage, l'ornement et le complément de laquelle l'autre a été employée : ainsi, la poignée est l'accessoire de l'épée, la broderie est l'accessoire de l'habit, et le cadre est l'accessoire du tableau (art. 567). — Si ce moyen de distinction n'est pas applicable, s'il n'existe pas de chose vraiment principale, on répute telle celle qui a le plus de valeur (art. 569). — Que si ce second moyen n'est pas plus efficace que le premier, parce que les choses ont à peu près la même valeur, celle-là sera réputée principale dont le volume sera plus considérable (*ibid.*).

La règle que la propriété de la chose principale emporte la propriété de la chose accessoire souffre exception quand cette chose, tout accessoire qu'elle est réellement, a beaucoup plus de valeur que l'autre : le propriétaire de cette chose accessoire, lequel, d'après la règle ci-dessus, perdrait la propriété de sa chose, peut alors en exiger la séparation et se la faire rendre. C'est ce qui arriverait si mon diamant de 2 000 francs avait été uni à mon insu, ou du moins sans mon aveu (1), à une croix d'or de 50 écus ou à la poignée d'une épée; le diamant, uni à la croix ou à la poignée pour leur ornement, en est certainement l'accessoire, et cependant je pourrai le reprendre. Mais il faut que ce soit par l'autre personne et sans mon aveu que l'union ait été réalisée : si c'était moi-même qui eusse uni mon diamant à votre épée, l'exception n'aurait plus lieu, et vous pourriez me forcer de vous abandonner le tout en me payant le diamant (art. 568). Que si c'était de mon consentement que vous eussiez fait l'adjonction, il y aurait alors une convention dont il faudrait suivre les différents points.

II. — 447. Si la règle *accessorium sequitur principale* (laquelle doit toujours s'appliquer, quand il n'y a pas lieu à l'exception qui vient d'être indiquée) était forcément inapplicable, parce qu'aucune des choses ne serait principale ni ne pourrait être réputée telle (vu l'égalité de va-

---

(1) Le Code, dans l'art. 568, et plus loin dans les art. 573, 576 et 577, parle toujours de matière employée *à l'insu* du propriétaire : cette expression n'est pas rigoureusement exacte. Quand même l'emploi fait de ma matière aurait été connu de moi au moment qu'il s'effectuait, s'il s'est fait contre mon gré, c'est comme s'il avait eu lieu à mon insu. Pour modifier les règles de l'accession, il faut que j'aie consenti à l'union.

leur et de volume), que ferait-on?... Il faudrait appliquer la disposition portée par l'art. 573 pour le cas de mélange. Cet article déclare que si les choses entre lesquelles aucune ne peut être regardée comme principale sont séparables sans inconvénient, celui des propriétaires à l'insu duquel elles ont été unies en pourra demander la séparation et reprendre la sienne; que, dans le cas contraire, le tout deviendra commun aux différents maîtres.

Nous disons que cet article, écrit pour le cas de mélange, doit également s'appliquer au cas d'adjonction. En effet, la loi applique au cas de mélange, et le principe qui attribue le tout au maître de la chose principale, et les règles qui servent à faire la distinction du principal et de l'accessoire; et c'est seulement pour le cas où cette distinction serait impossible qu'elle porte la règle de l'art. 573. La théorie de l'adjonction et celle du mélange sont donc semblables, et l'on peut dès lors compléter l'une par l'autre, en appliquant aux cas non prévus par celle-ci les règles exprimées par celle-là.

§ 2. — De la Spécification.

570. — Si un artisan ou une personne quelconque a employé une matière qui ne lui appartenait pas, à former une chose d'une nouvelle espèce, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui qui en était le propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée, en remboursant le prix de la main-d'œuvre.

571. — Si cependant la main-d'œuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée, l'industrie serait alors réputée la partie principale, et l'ouvrier aurait le droit de retenir la chose travaillée, en remboursant le prix de la matière au propriétaire.

572. — Lorsqu'une personne a employé en partie la matière qui lui appartenait, et en partie celle qui ne lui appartenait pas, à former une chose d'une espèce nouvelle, sans que ni l'une ni l'autre des deux matières soit entièrement détruite, mais de manière qu'elles ne puissent pas se séparer sans inconvénient, la chose est commune aux deux propriétaires, en raison, quant à l'un, de la matière qui lui appartenait; quant à l'autre, en raison à la fois et de la matière qui lui appartenait, et du prix de sa main-d'œuvre.

SOMMAIRE.

I. De la spécification. L'industrie est considérée comme une partie tantôt principale, tantôt accessoire de la chose.
II. Du cas où le créateur de l'espèce nouvelle, en outre de son industrie, a aussi uni sa matière à la matière d'autrui.

I. — 448. Ces trois articles s'occupent de la Spécification. La loi pose ici, comme elle l'a fait pour l'Adjonction et comme elle va le faire

pour le Mélange, le principe que l'accessoire suit le principal; et, en considérant la matière travaillée et le travail dont elle a été l'objet comme deux parties de la chose, elle déclare que la partie principale sera en général la matière; mais que ce sera au contraire l'industrie, si son prix dépasse de beaucoup la valeur de cette matière. Ainsi d'abord, et sauf le cas où le prix de la matière serait de beaucoup inférieur à celui du travail, c'est au maître de la matière qu'est attribué le résultat du travail, sauf à lui en payer le prix, sans qu'il y ait à considérer (comme on le faisait à Rome) si cette matière peut ou non reprendre sa première forme. Donc, quand un fondeur a coulé un vase avec le lingot d'or qu'on m'avait volé, quand un tailleur a confectionné un habit avec le drap que j'avais perdu, l'habit aussi bien que le vase m'appartiennent et peuvent être revendiqués par moi, pourvu que je paye la main-d'œuvre. Au contraire, si, dans le nouvel objet, la matière a beaucoup moins de prix que la forme, c'est la forme qui emporte la matière comme son accessoire : si un peintre, avec quelques couleurs et une toile par moi perdues, ou volées chez moi, ou que ce peintre savait bien m'appartenir; si ce peintre, disons-nous, a fait un beau tableau; si, dans les mêmes circonstances, une statue remarquable et pouvant valoir deux ou trois mille francs, a été fondue avec mon bronze, ou sculptée sur mon bloc de pierre ou de marbre, c'est l'artiste qui restera maître du tableau ou de la statue en me payant ma matière.

Dans le premier cas, on ne voit toujours que de l'or ou du drap; la forme nouvelle que ces substances ont reçue n'est que secondaire et trop peu importante pour déplacer la propriété de la matière. Dans le second cas, au contraire, les peintures, la toile, le bronze ou la pierre disparaissent et s'effacent pour ne laisser voir qu'un tableau ou une statue appartenant à celui qui les a créés : l'arrangement des couleurs, la figure donnée au marbre ou au métal deviennent l'objet principal dans lequel se perd la matière, laquelle ne peut plus dès lors être revendiquée, *quia extinctæ res vindicari non possunt.*

II. — 449. Quand celui qui a créé une espèce nouvelle l'a formée tout à la fois avec la matière d'autrui et sa propre matière, cette circonstance ne modifie pas la dernière des deux règles qui viennent d'être indiquées, mais elle change nécessairement la première.

En effet, si c'est l'industrie qui est réputée chose principale, c'est toujours au créateur de l'objet nouveau, comme ci-dessus, que cet objet appartiendra : ainsi, quand la statue est formée en partie de mon marbre et en partie du marbre du sculpteur, il est bien clair que l'artiste sera seul propriétaire de la statue, puisqu'il le serait quand même tout le marbre m'aurait appartenu. Mais si l'industrie n'a pas assez de valeur pour être réputée le principal; par exemple, si c'est de l'or qu'on a fondu pour en faire un vase dont le travail n'a pas un grand prix; si alors la matière, qui devrait être le principal d'après la règle ci-dessus, appartient pour partie à l'un et pour partie à l'autre, il est clair que cette règle ne peut plus s'appliquer. Que décidera-t-on alors? Le der-

nier de nos trois articles déclare que si les deux matières ne peuvent pas se séparer sans inconvénient, elles seront communes aux deux propriétaires. Mais cette règle, que cet article a tort de présenter ainsi d'une manière absolue, ne s'applique qu'à défaut d'une autre résultant de la disposition portée plus bas par l'art. 574. C'est que si la valeur d'une des matières était beaucoup plus considérable que la valeur de l'autre et de la main-d'œuvre, ou si, réciproquement, la valeur de la main-d'œuvre du travailleur et de sa matière dépasse de beaucoup celle de l'autre matière, c'est celui à qui appartient la plus grande valeur qui sera réputé avoir le principal et qui gardera l'objet entier. Malgré la rédaction embrouillée, obscure et mal digérée des différents articles de la section, et du nôtre en particulier, il est facile de saisir et de prouver cette pensée de la loi.

En effet, notre art. 572, en prévoyant l'absence d'une chose principale, ne règle qu'une des alternatives de l'hypothèse, celle où les matières ne peuvent pas se séparer sans inconvénient; quant au cas où elles peuvent se séparer, il n'en parle pas, tout en laissant voir que, pour ce cas, la règle sera différente. Or, cette règle différente est nécessairement celle de l'article suivant, qui, lui, règle avec soin les deux alternatives de la même hypothèse pour le cas de mélange, en portant dans son second alinéa la même règle que donne notre article pour la circonstance analogue, en cas de spécification. Mais, puisque l'art. 573 présente dans son second alinéa une règle identique à celle que donne notre article pour le cas analogue, et que, d'un autre côté, c'est son alinéa premier qui trace la seconde règle que notre article laisse sous-entendue, il s'ensuit donc que la loi met sur la même ligne et entend régler de la même manière le cas d'absence de chose principale, soit dans la spécification, soit dans le mélange, et que notre art. 572 doit s'entendre et s'expliquer par l'art. 573. Or, d'après l'art. 574, il n'y a vraiment absence de chose principale et l'on ne doit appliquer l'art. 573 pour le mélange qu'autant que l'une des matières ne dépasserait pas de beaucoup la matière de l'autre; donc, c'est sous la même condition seulement, et quand les valeurs à réclamer par les deux propriétaires sont à peu près égales, que notre art. 572 devra s'appliquer pour la spécification. Telle est aussi la disposition portée par l'art. 569 pour le cas d'adjonction. — Ces observations, et celles que nous avons faites sous cet art. 569, prouvent que les diverses règles portées pour les trois hypothèses de l'adjonction, de la spécification et du mélange, s'expliquent et se complètent les unes par les autres.

450. Ainsi, quand le nouvel objet a été formé de plusieurs matières, et que l'industrie n'est pas réputée principale, il faut distinguer si les deux matières peuvent ou non se séparer sans inconvénient. Si elles peuvent se séparer, celui à l'insu duquel l'union a eu lieu peut les faire diviser pour reprendre la sienne. Si elles ne sont pas séparables, celui-là est propriétaire du tout dont la matière, soit seule, soit réunie à la main-d'œuvre, a beaucoup plus de valeur. Enfin, si les valeurs sont à peu près égales, le tout est commun entre les deux propriétaires, en pro-

portion, pour l'un, de sa matière seulement, et pour l'autre, en raison de sa matière et du prix de son travail.

§ 3. — Du Mélange.

573. — Lorsqu'une chose a été formée par le mélange de plusieurs matières appartenant à différents propriétaires, mais dont aucune ne peut être regardée comme la matière principale, si les matières peuvent être séparées, celui à l'insu duquel les matières ont été mélangées, peut en demander la division.

Si les matières ne peuvent plus être séparées sans inconvénient, ils en acquièrent en commun la propriété dans la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur des matières appartenant à chacun d'eux.

574. — Si la matière appartenant à l'un des propriétaires était de beaucoup supérieure à l'autre par la quantité et le prix, en ce cas le propriétaire de la matière supérieure en valeur pourrait réclamer la chose provenue du mélange, en remboursant à l'autre la valeur de sa matière.

451. Ces deux articles sont relatifs à la dernière des trois hypothèses que nous avions à examiner, celle du mélange. Le mélange diffère 1° de l'adjonction, en ce que les matières, au lieu d'être unies de manière à former toujours des corps distincts, sont confondues dans toutes leurs parties : ainsi, c'est de l'or et de l'argent, ou du cuivre et de l'étain, qu'on a fondus ensemble; c'est une certaine quantité de blé qu'on a mêlée avec le blé d'une autre personne. Il diffère 2° de la spécification, alors même qu'il y a dans celle-ci union de plusieurs matières, en ce qu'il se fait sans industrie, sans travail de l'intelligence : ainsi la fusion de mon or avec votre argent présente un cas de spécification quand elle a pour résultat la formation d'une statue; elle n'offre qu'un cas de mélange si l'on n'a fait que des lingots.

La loi, sans le dire expressément, consacre ici, comme pour l'adjonction et la spécification, le principe que l'objet résultant du mélange devient la propriété de la personne à qui appartient la matière principale, s'il y en a une, puisque c'est seulement pour le cas où aucune matière ne pourrait être considérée comme telle que le premier des deux articles parle de séparation ou de communauté. Ainsi, ce qu'il faut rechercher tout d'abord en cas de mélange, comme dans les autres hypothèses, c'est si l'une des matières ne serait pas unie à l'autre accessoirement; que si cette circonstance manquait (ce qui arrivera souvent ici), on regarderait toujours comme principale celle des matières qui aurait beaucoup plus de valeur que l'autre (art. 574), ou qui, à valeur égale ou à peu près, serait beaucoup plus considérable en volume (art. 569). Le propriétaire de cette matière principale garderait

donc le tout, sous l'obligation de payer à l'autre propriétaire la matière de celui-ci.

Que s'il est impossible de considérer l'une des choses comme principale, il faut voir si elles sont ou non séparables sans inconvénient : si elles le sont, celui des deux propriétaires dont la matière a été mélangée sans son aveu peut en demander la division et reprendre sa chose; que s'il n'y a pas de séparation possible, au moins sans inconvénient notable, le résultat du mélange reste commun aux deux propriétaires.

§ 4. — Règles générales.

575. — Lorsque la chose reste en commun entre les propriétaires des matières dont elle a été formée, elle doit être licitée au profit commun.

452. Cet article et l'art. 577 sont relatifs aux trois cas d'adjonction, de spécification et de mélange; l'art. 576 ne se réfère par ses termes qu'aux deux derniers, mais il est également applicable au premier.

Lorsque la chose formée par l'union des diverses matières reste commune aux différents propriétaires, ce qui arrive toutes les fois qu'il est impossible de distinguer une chose principale et que les choses ne sont pas séparables sans inconvénient (art. 573 et 572, explicat. de l'art. 569), chacun des copropriétaires a le droit de la faire liciter, en vertu du principe de l'art. 815, qui déclare que nul n'est tenu de rester dans l'indivision.

Nous avons déjà vu que la licitation est la vente faite aux enchères d'une chose commune que l'on reconnaît ne pouvoir être partagée commodément et sans perte (art. 1668). Mais il est clair que, quand les différents copropriétaires seront majeurs et maîtres de leurs droits, rien ne les empêcherait de s'entendre pour vendre l'objet de gré à gré, au lieu de le faire liciter.

576. — Dans tous les cas où le propriétaire dont la matière a été employée, à son insu, à former une chose d'une autre espèce, peut réclamer la propriété de cette chose, il a le choix de demander la restitution de sa matière en même nature, quantité, poids, mesure et bonté, ou sa valeur.

453. Cet article ne se réfère, par ses termes, qu'aux deux hypothèses de spécification et de mélange, puisqu'il parle seulement du cas où une chose d'une autre espèce a été formée. Mais il est certain que son esprit le rend également applicable en cas d'adjonction, ainsi qu'on va le comprendre facilement.

Lorsque vous avez coulé un vase avec mon métal, ou mêlé mes deux hectolitres de vin avec un hectolitre du vôtre, je deviens, par accession

et comme maître de la chose principale, propriétaire de l'objet nouveau, mais à la charge de vous payer votre travail dans un cas, et votre vin dans l'autre. Or il se peut que je n'aie nul besoin ni de votre vin, ni de la forme que vous avez donnée à mon métal, et l'on ne peut pas me forcer de perdre mon argent à des choses inutiles. Il est donc juste que je puisse renoncer à ma propriété sur ces choses, et vous contraindre, en vous les abandonnant, de me rendre des matières de mêmes quantité et qualité que les miennes, ou bien (ce qui est la même chose) la valeur en argent de ces mêmes matières, afin que j'en puisse acheter d'autres. C'est là, en effet, ce que veut notre article.

Mais il est clair maintenant qu'il en serait de même si vous aviez appliqué quelques broderies sur mon vêtement ou des ornements de cuivre sur ma bibliothèque : on ne peut pas me contraindre à vous payer ces broderies ou ces ornements, qui me sont parfaitement inutiles. Vous serez donc tenu d'enlever ces applications de manière à ce que mon meuble n'en souffre pas, ou de prendre le tout, en me donnant un meuble semblable au mien, ou une somme avec laquelle je puisse m'en procurer un autre.

On voit donc que la règle est nécessairement la même pour l'adjonction que pour la spécification et le mélange.

577. — Ceux qui auront employé des matières appartenant à d'autres, et à leur insu, pourront aussi être condamnés à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, sans préjudice des poursuites par voie extraordinaire, si le cas y échet.

454. Lorsqu'un tiers aura employé ma chose dans l'une des circonstances prévues par la section, soit que, d'après les principes, la propriété de cette chose me reste, soit qu'elle aille à ce tiers, qui alors m'en payera la valeur, il faut toujours distinguer si ce tiers était ou non de bonne foi. S'il était de bonne foi, c'est-à-dire s'il croyait vraiment que cette chose (par moi perdue ou à moi volée) lui appartenait, il ne me doit rien après qu'il m'en a payé la valeur ou qu'il me l'a restituée; mais s'il était de mauvaise foi, s'il est en faute, il me doit, en outre, des dommages-intérêts (art. 1382). Il pourrait même être poursuivi criminellement, si, quand l'objet m'a été volé, il était lui-même auteur ou complice du vol, ou qu'il y eût eu de sa part abus de confiance ou tout autre délit.

Nous avons dit, au commencement de la section, que les règles qu'elle pose ne s'appliqueront qu'autant qu'il s'agirait de choses perdues ou volées à leur propriétaire, ou possédées de mauvaise foi par celui qui les a employées. En effet, quand la chose n'a été ni perdue ni volée, et que le tiers l'a possédée de bonne foi, en s'en croyant propriétaire, il est devenu immédiatement vrai propriétaire par prescription, en vertu de l'art. 2279; en sorte qu'il n'y a plus lieu de s'inquiéter d'aucune des règles tracées dans notre section.

Ainsi, quand vous appliquez quelques ornements à mon secrétaire,

quand vous avez coulé en vase mon lingot d'or, ou mêlé votre hectolitre de vin avec les trois ou quatre hectolitres qui m'appartenaient, quoique mon secrétaire, mon or et mon vin soient les choses principales, et que d'après les règles ci-dessus ils dussent m'appartenir avec les choses que vous y avez unies, il n'en sera pas ainsi : tous les objets vous resteront, et sans indemnité pour moi, parce qu'ils sont devenus vôtres par prescription, dès l'instant de votre possession de bonne foi et *animo domini*. Réciproquement, si vous avez appliqué en broderie ma soie sur votre vêtement, si de mon bloc de pierre vous avez fait une statue, si vous avez fondu une petite quantité d'argent qui m'appartenait avec l'or qui était à vous, il est bien vrai qu'alors ma soie, ma pierre ou mon or seraient devenus vôtres d'après les règles de notre section ; mais c'eût été par accession et sous l'obligation de me payer soit au moins la valeur de ma chose (si cette chose, étant perdue ou volée, vous la possédiez cependant de bonne foi), soit même des dommages-intérêts (si vous la possédiez de mauvaise foi) ; tandis qu'ici vous acquérez par prescription, sans aucune indemnité.

Au contraire, comme une possession de mauvaise foi ne rend pas propriétaire, et que les choses perdues ou volées (alors même qu'elles seraient possédées de bonne foi) restent pendant trois ans, à partir de la perte ou du vol, la propriété de leur maître, il y aura lieu alors, mais alors seulement, à l'acquisition des meubles par accession.

RÉSUMÉ DU TITRE DEUXIÈME.

DE LA PROPRIÉTÉ ET DE L'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ PAR ACCESSION.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PROPRIÉTÉ.

I. — La Propriété, ou Domaine, est le droit le plus étendu que les personnes puissent avoir sur des choses. Considérée dans sa nature intime, elle se définit : le droit d'user, de jouir et de disposer d'une chose de la manière la plus absolue.

Ainsi, la propriété est un droit complexe, formé par la réunion des trois droits élémentaires d'Usage, de Jouissance et de Disposition. Toutefois, comme il n'arrive jamais, en fait, que l'usage sans aucune jouissance, ni la jouissance sans aucun usage existent seuls, notre législateur considère la propriété comme ne se divisant qu'en deux droits élémentaires : le droit de jouissance et le droit de disposition, dont le premier, sous les noms divers qu'il reçoit, est toujours un usufruit plus ou moins étendu (art. 544).

II. — Si absolu que soit le droit de propriété, on conçoit qu'il peut recevoir des limitations, ou même disparaître complétement, en considération de l'intérêt général. Ainsi, le propriétaire est obligé de subir toutes les restrictions qui sont imposées à son droit, soit directement par la loi, soit par les règlements légalement faits pour l'exécution ou le complément de la loi. Il doit également souffrir l'enlèvement total ou partiel de sa chose quand il est réclamé par l'État. Cette expropriation forcée, qui doit être prononcée par les tribunaux, et qui ne peut l'être que quand l'utilité publique est légalement constatée, ne peut recevoir son exécution qu'après le payement de l'indemnité fixée par un jury spécial (art. 545).

III. — La propriété d'une chose en embrasse évidemment toutes les parties. Le maître d'un terrain a donc droit sur le dessous comme sur le dessus, et il peut dès lors faire à l'intérieur du sol, comme à la surface, toutes les constructions, tous les travaux qu'il trouve convenables; sauf, bien entendu, l'obligation de respecter soit les dispositions des lois et règlements de police ou autres, soit les droits que lui-même aurait concédés à des tiers (art. 546 et 552).

CHAPITRE II.

DE L'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ PAR ACCESSION.

IV. — La loi appelle droit d'accession la propriété que le maître d'une chose acquiert, par sa seule qualité, sur ce qui est produit par sa chose, et sur ce qui vient s'y unir accessoirement (art. 546).

V. — L'accession se trouvant rangée, dans notre droit français, parmi les modes d'acquisition de la propriété, ce n'est pas ici, mais dans le troisième livre du Code, qu'elle devrait être traitée; mais le devoir que nous nous sommes imposé de suivre chaque titre du Code nous commande de l'expliquer immédiatement.

VI. — Toute la matière de l'accession se résume dans ce principe unique, que la chose accessoire étant une dépendance et une partie de la chose principale, elle se confond dans celle-ci, ne fait qu'un avec elle et appartient au même maître, sans qu'il y ait jamais à considérer si l'accession s'est faite naturellement, ou si elle résulte du travail de l'homme (*ibid.*).

Nous allons faire successivement l'application de ce principe aux diverses hypothèses prévues par les textes de notre titre.

§ 1er. — Acquisition des produits.

VII. — Le principe s'applique tout d'abord aux fruits et autres produits d'une chose, soit mobilière, soit immobilière : ces produits appartiennent au maître de la chose (art. 547).

Ils lui appartiennent, quand même les travaux et les diverses dépenses nécessaires pour faire croître les fruits auraient été faits par un

tiers. Mais, dans ce cas, le propriétaire est tenu de rembourser à ce tiers le prix de ses dépenses et travaux. Et il en est ainsi alors même que ce tiers est de mauvaise foi et savait que la chose ne lui appartenait pas ; car notre Code, plus conforme à l'équité que l'ancienne jurisprudence et le droit romain, ne permet pas qu'on s'enrichisse jamais aux dépens d'un tiers, fût-il un voleur (art. 548).

Au reste, la raison comme les principes du droit positif font toujours présumer que les travaux et frais divers ont été faits par le propriétaire ; ce serait au tiers qui prétendrait le contraire à faire la preuve de son allégation (*ibid*).

VIII. — Propriétaire des fruits et produits divers, tant qu'ils restent inhérents à la chose, le maître de cette chose continue de l'être, en principe du moins, quand ils viennent à s'en séparer ; mais ce principe souffre exception dans plusieurs cas. Ainsi, 1° si la chose est louée, il est clair que le locataire fera les fruits siens par la perception qu'il a le droit d'en faire ; il en serait de même si, sans louer la chose, le propriétaire avait vendu ou autrement cédé à un tiers le droit d'en recueillir les produits ; 2° si la chose était affectée, au profit d'un tiers, d'un droit d'usufruit ou d'usage, il est évident encore que l'usufruitier ou l'usager ferait siens par la prescription les fruits qu'il recueillerait dans les limites de son droit ; 3° enfin, la prescription, dans notre droit actuel, s'opérant sur les choses mobilières par un seul instant de possession de bonne foi (pourvu seulement que ces choses n'aient été ni perdues ni volées), il s'ensuit que le tiers qui possède de bonne foi *un immeuble* se trouvera propriétaire des produits que donne cet immeuble dès qu'ils seront mobilisés par leur séparation du fonds (1). Ainsi, tandis que l'usufruitier et le fermier ne deviennent propriétaires des fruits que par la perception qu'eux-mêmes en font ou font faire, le possesseur de bonne foi ayant en sa possession l'immeuble et avec lui les fruits non encore détachés, il s'ensuit que ces fruits ne peuvent être séparés (par quelque cause que ce soit) que sous sa possession, et deviennent toujours sa propriété, par leur séparation même, alors même qu'il y serait étranger. Une autre différence, c'est que l'usufruitier et le fermier n'ont droit qu'aux fruits, tandis que le possesseur de bonne foi gagne tous les produits, quels qu'ils soient. — On appelle fruits les produits que la chose est destinée à donner ; ils ne comprennent pas les produits extraordinaires (art. 549).

Le possesseur est de bonne foi quand il se croit propriétaire à cause d'un titre qui l'aurait en effet rendu tel s'il n'était pas infecté d'un vice que ce possesseur ignore ; il cesse d'être de bonne foi du moment que ce vice lui est connu (art. 550).

N. B. — Il ne faut pas confondre la possession de bonne foi, requise

---

(1) C'est seulement sur les immeubles que le tiers acquiert les produits en vertu de sa possession de bonne foi. S'il s'agissait de biens meubles, d'un troupeau, par exemple, le tiers, par sa possession de bonne foi, prescrirait le bien lui-même ; dès lors, ce ne serait plus par prescription, mais par accession et en tant que propriétaire de la chose productrice, qu'il aurait les produits.

ici pour l'acquisition des produits, avec celle qui serait nécessaire pour procurer, par un certain nombre d'années, la prescription de l'immeuble; celle-ci est plus rigoureuse sous un rapport et moins sous un autre. En effet, d'un côté, la bonne foi serait insuffisante pour la prescription de l'immeuble si le titre s'appuyait sur un acte vicieux en la forme : la bonne foi doit alors avoir pour base un acte régulier, ce qui n'est pas exigé ici; mais, d'un autre côté, la possession, quant à la prescription de l'immeuble, serait toujours réputée de bonne foi, pourvu qu'elle l'eût été dans l'origine, tandis qu'ici la bonne foi s'apprécie à chaque instant (art. 550).

Cette circonstance qu'ici la bonne foi s'apprécie à chaque instant nous donne une autre différence entre les deux cas. En effet, quand le possesseur actuel possédera comme héritier d'un possesseur antérieur, il suffira, quant à l'acquisition des produits, de regarder si ce possesseur actuel est ou non de bonne foi, sans s'inquiéter de ce qu'était la possession de son auteur; au contraire, quant à la prescription de l'immeuble, la possession commencée de bonne foi par le défunt continuera comme telle pour son héritier, alors même que lui serait de mauvaise foi; et réciproquement, celle qui aurait commencé de mauvaise foi chez l'auteur resterait inefficace pour l'héritier, malgré la bonne foi de celui-ci (*ibid.*).

§ 2. — Constructions, plantations et ouvrages divers faits sur un terrain.

IX. — Le principe que la chose accessoire appartient au maître de la chose principale s'applique, comme de raison, aux plantations, constructions et autres travaux faits à la surface ou dans l'intérieur d'un terrain; ils appartiennent au propriétaire de ce terrain, alors même qu'ils auraient été faits par un tiers et aux frais de ce tiers, sans qu'il y ait à considérer si le planteur ou constructeur était ou non de bonne foi, et s'il a travaillé avec ses matériaux ou avec les matériaux d'une troisième personne. Toutefois, quand les travaux ont été faits ainsi par un tiers, le maître du terrain n'en devient propriétaire que sous certaines obligations que nous allons préciser; mais ici encore c'est au tiers qui prétend avoir fait les travaux à ses frais d'établir ce fait, la présomption contraire existant de plein droit au profit du propriétaire du terrain (art. 553).

Il importe peu, disons-nous, quant à l'attribution au maître du terrain de la propriété des ouvrages faits, de savoir si le constructeur était ou non de bonne foi. Mais ce point est important sous un autre rapport; car l'obligation du propriétaire vis-à-vis du constructeur varie d'un cas à l'autre. Or, on appelle constructeur de bonne foi celui qui a fait les travaux à un moment où il était en possession de bonne foi, d'après les conditions indiquées au dernier alinéa du numéro précédent.

X — Quand le tiers était de bonne foi, le propriétaire a seulement

le choix ou de lui rembourser ses dépenses de matériaux et de main-d'œuvre, ou de lui payer la plus-value que les travaux donnent au fonds. Et il ne peut pas le forcer de subir une compensation de ces dépenses ou de cette plus-value avec la valeur des fruits que sa possession lui a fait gagner, à moins que les ouvrages n'aient été faits réellement avec les fruits que le possesseur employait seuls à cet usage. Que si le propriétaire n'avait pas le moyen de payer la plus-value ou les dépenses, le constructeur serait tenu de se contenter d'une rente égale à l'augmentation de revenu que donnent les travaux faits (art. 555).

Quand le tiers était de mauvaise foi, la loi le traite plus rigoureusement, sans cependant admettre la théorie fausse et peu équitable du droit romain et de notre ancien droit. Ces deux législations permettaient au propriétaire de conserver les ouvrages sans payer aucune indemnité, sous le prétexte qu'en travaillant sciemment sur le fonds d'autrui, le tiers n'avait pu avoir d'autre intention que de faire un cadeau au propriétaire ! D'après notre Code, le propriétaire a le choix alors ou de payer encore toutes les dépenses, ou bien de permettre seulement au tiers d'enlever les matériaux et de remettre les choses dans leur état primitif, et sauf encore à ce tiers de payer des dommages-intérêts pour le préjudice que peut subir le propriétaire (*ibid.*).

Au reste, toutes les fois que le tiers auquel le propriétaire doit une indemnité est en possession de l'immeuble, il peut le retenir jusqu'à ce que cette indemnité lui soit payée. C'est un principe, en effet, que je ne suis pas tenu d'exécuter mon obligation envers une partie qui refuse de remplir l'obligation corrélative à la mienne. Or, de ce principe découle pour tout possesseur d'un bien, pour la reprise duquel le propriétaire a quelque obligation à remplir, le droit de rétention de ce bien jusqu'à l'accomplissement de cette obligation (*ibid.*).

XI. — Puisque aujourd'hui, contrairement aux anciens principes, le constructeur de mauvaise foi, quel qu'il soit (et alors même qu'il s'agirait d'un usurpateur qui se serait mis par violence en possession du fonds), peut enlever ses matériaux s'il n'obtient pas le remboursement de ses impenses, ce droit appartiendra donc à un fermier ou à un usufruitier comme à tout autre. La théorie d'une donation présumée étant effacée de notre droit, le propriétaire ne peut pas plus ici qu'ailleurs s'enrichir aux dépens d'autrui.

Le nu propriétaire ne profite sans indemnité des travaux faits par l'usufruitier que quand il s'agit, non plus de plantations, constructions et autres ouvrages créés sur le fonds, mais de simples améliorations de ce fonds; par exemple, de peintures appliquées à une maison, d'une distribution plus commode des appartements, d'engrais donné à sa terre. Dans ce cas, comme la plus-value du fonds sera peu importante et souvent nulle, comme il serait souvent impossible d'enlever les matières mises sur le fonds, comme enfin il s'agit de dépenses qui sont compensées par les avantages que l'usufruitier en tire pendant sa jouissance, il ne peut être question pour celui-ci ni de réclamer une indem-

nité, ni de rien enlever. — Que s'il s'agissait de choses faciles à détacher du fonds, telles que glaces, tableaux, statues, etc., le droit d'enlever lui appartiendrait (art. 555).

XII. — Si c'était le propriétaire lui-même qui eût fait les ouvrages, mais avec les matériaux d'autrui, il en serait toujours propriétaire; mais il serait tenu, soit de payer seulement la valeur des matériaux s'il était de bonne foi, soit de donner en outre des dommages-intérêts s'il était de mauvaise foi (art. 554).

Au reste, pour que le premier cas se présente, pour que le propriétaire, étant de bonne foi, ait employé les matériaux d'autrui, il faut que ces matériaux aient été perdus par leur maître ou à lui volés par un autre que le constructeur. Car, s'il s'agissait de meubles non perdus ni volés, la circonstance qu'il les détenait de bonne foi l'en aurait rendu immédiatement propriétaire avant toute construction, et ce serait *ses matériaux* qu'il se trouverait avoir employés (*ibid.*).

§ 3. — Accroissement résultant pour un terrain de son voisinage de l'eau.

XIII. — Tous les accroissements qui se forment sur un terrain par l'alluvion deviennent une partie de ce terrain, et appartiennent dès lors au même maître. On appelle alluvion l'augment de terre que l'eau forme successivement et peu à peu, soit par le dépôt des terres qu'elle charrie, soit en découvrant insensiblement le terrain qu'elle couvrait d'abord.

Ainsi, les lais et relais que la mer forme sur les rivages appartiennent à l'État comme et avec ces rivages; les îles qui naissent dans une rivière navigable ou flottable lui appartiennent également, parce qu'il est propriétaire du lit dont ces îles sont une partie. Au contraire, les rives de toutes les rivières, quelles qu'elles soient, et aussi les lits des petites rivières, appartenant aux propriétaires riverains, c'est à ces propriétaires qu'appartiennent les lais et relais que forment les différents cours d'eau et les îles qui naissent dans les petites rivières (art. 550-557, 560 et 561).

XIV. — Il n'y a pas d'alluvion possible pour les lacs et étangs : que le volume de l'eau augmente ou diminue, le terrain du propriétaire ne peut ni s'étendre ni se restreindre; il reste toujours fixé par des limites invariables (art. 556).

Il n'y a pas non plus alluvion, comme on le voit par la définition que nous avons donnée de ce mot, quand une portion de terre assez considérable pour être bien reconnue est subitement enlevée d'un champ par la force des eaux et portée contre le terrain d'un autre propriétaire. Dans ce cas, le propriétaire de la portion de terre en conserve la propriété et peut l'aller reprendre. Il est vrai que cette propriété s'effacerait pour lui et serait acquise au maître de l'autre champ, si avant sa réclamation il s'était écoulé une année; mais on voit que ce

serait par une espèce de prescription, et non plus par accession, que l'acquisition aurait lieu dans ce cas (art. 559).

Il est clair qu'il n'y aurait pas encore alluvion, et qu'on n'appliquerait pas la règle ci-dessus indiquée pour les îles nées dans une rivière, si un cours d'eau plus ou moins considérable se séparait en deux bras entre lesquels mon champ se trouverait pris. Mon champ, quoique entouré d'eau et pouvant dès lors recevoir le nom d'île, ne serait cependant pas une île née dans la rivière, un augment du lit de cette rivière, et il resterait mien comme auparavant (art. 562).

XV. — Quoique la propriété des petites rivières appartienne aux riverains (comme le prouvent, entre autres circonstances, le droit que la loi reconnaît à ceux-ci de prendre *par accession* les îles nées dans ces rivières, puis l'obligation à eux imposée de payer la contribution foncière jusqu'au milieu de la rivière), ils n'ont cependant pas sur elles un droit irrévocable; l'État, devenu maître de ces rivières à la place des seigneurs hauts justiciers lors de la suppression du régime féodal, ne les a attribuées aux riverains que sous une condition de révocation pour un cas particulier. En effet, c'est une règle générale pour les petites rivières comme pour les rivières flottables ou navigables que, quand un cours d'eau abandonne son lit pour s'en former un nouveau, l'ancien lit, au lieu de rester la propriété des riverains ou de l'État, est attribué, à titre d'indemnité, aux propriétaires des terrains nouvellement occupés par le cours d'eau (art. 563).

On voit que ce n'est plus par accession, mais directement par la nue volonté de la loi, que la propriété du lit est acquise alors à ces propriétaires.

§ 4. — Choses mobilières immobilisées fictivement par le seul fait de leur accession morale à un immeuble.

XVI. — Les choses mobilières qui, sans s'unir à un immeuble physiquement, comme dans le cas du § 2, se trouvent avec cet immeuble dans une union morale qui les fait devenir par elle seule des accessoires de l'immeuble, tombent par là même sous la propriété du maître de l'immeuble, quelle que soit la cause qui les a unies au fonds. Ainsi, les pigeons de votre colombier, les poissons de votre étang, les lapins de votre garenne, tout le gibier qui se trouve dans votre parc, les clefs de vos bâtiments, les échalas de vos vignes, vous appartiennent toujours et dans tous les cas possibles, comme ne faisant qu'un seul et même tout avec vos immeubles. Il en est ainsi, par exemple, pour les pigeons, lapins, etc., qui sont passés de mon colombier, de ma garenne, etc., dans les vôtres, par quelque cause qu'ils y soient passés; il en est ainsi pour les clefs que votre fermier aurait fait faire et payées. Seulement, quand c'est votre fermier qui a payé les clefs, vous devez lui en rembourser le prix; et quand c'est vous qui, par vol ou par tout autre moyen frauduleux, avez fait venir mes animaux sur votre fonds, vous

me devez non-seulement leur valeur, mais des dommages-intérêts, sans préjudice de poursuites criminelles pour le délit commis. Que si les animaux ont passé chez vous sans fraude aucune, vous en êtes propriétaire purement et sans obligation vis-à-vis de moi (art. 564).

Comme on le voit, les objets dont il est ici question sont (et devaient être en effet) ceux que nous avons vus, au Résumé précédent, (n° IX) former la première espèce des immeubles par accession, par destination.

XVII. — Quant aux meubles formant la seconde espèce de ces immeubles fictifs, ils ne peuvent devenir accessoires du fonds et se trouver immobilisés qu'autant qu'ils y sont placés à perpétuité par le propriétaire de ce fonds, également propriétaire des meubles ; de sorte que ce cas d'accession ne produit jamais une acquisition de propriété : elle ne transforme en immeubles (fictifs) que les meubles qui nous appartenaient déjà (art. 564).

§ 5. — Choses mobilières devenant l'accessoire d'autres choses également mobilières ou de l'industrie d'un tiers.

XVIII. — L'accession n'est jamais une cause d'acquisition de propriété pour les choses mobilières qu'autant que ces choses ont été perdues par leur vrai maître, ou qu'elles lui ont été volées, ou qu'elles ne sont pas possédées de bonne foi par celui qui les emploie. En effet, quand la chose meuble est possédée de bonne foi à titre de propriétaire, et que ce n'est ni par perte ni par vol que l'ancien maître en a été dépossédé, le tiers possesseur en devient immédiatement propriétaire par prescription, ce qui exclut toute application des règles de l'accession.

Il est bien entendu aussi que les règles de l'accession ne s'appliquent qu'autant que l'union des choses n'a pas été le résultat du consentement commun, exprès ou tacite, des différents propriétaires ; car, lorsqu'il y a eu entre eux une convention, formelle ou non, c'est cette convention qu'il faut suivre (art. 565).

XIX. — La loi, dans l'impossibilité de prévoir les différents cas d'accession qui peuvent se présenter pour les choses mobilières, se contente de régler quelques hypothèses principales, en abandonnant à la conscience du juge la décision des autres. Toutefois, le juge, dans les cas non prévus, doit, tout en consultant les principes de l'équité naturelle, se guider encore d'après les règles du Code, lesquelles lui sont données comme exemples pour ces cas non prévus, en même temps qu'elles sont strictement obligatoires pour les hypothèses formellement indiquées. Les cas d'accession mobilière réglés par le Code sont au nombre de trois : l'Adjonction, la Spécification, le Mélange.

L'Adjonction est le cas de plusieurs choses fixées l'une à l'autre de manière à présenter toujours des individus distincts et séparables.

La Spécification est la formation d'une chose nouvelle avec la matière d'autrui, soit seule, soit unie à la matière du spécificateur, formation réalisée par l'industrie de ce spécificateur.

Le Mélange est la formation d'un seul tout au moyen de plusieurs matières confondues sans supposer aucune industrie de la part de l'auteur du fait.

Les règles présentées séparément par la loi pour chacun de ces trois cas rentrant pour la plupart les unes dans les autres et se complétant réciproquement, nous les indiquerons d'une manière générale, en les formulant pour les trois hypothèses simultanément, autant que ce sera possible.

XX. — Ces règles sont au nombre de quatre.

1° Dans tous les cas, l'objet résultant de l'union de plusieurs choses, ou de la chose de l'un et de l'industrie de l'autre, appartient en entier au maître de la partie principale, sauf à lui de payer à l'autre le prix de la matière ou du travail de celui-ci (art. 566). Or, voici comment on distingue le principal de l'accessoire.

De deux choses, celle-là est la principale à laquelle la seconde a été unie pour l'usage, l'ornement ou le complément de la première. Si ce moyen de distinction manque, on répute principale celle qui a beaucoup plus de valeur ; et à valeur à peu près égale, celle qui se trouve beaucoup plus considérable en volume. — Dans le cas particulier de spécification, il faut distinguer si le spécificateur a mis aussi de la matière, ou non. S'il n'en a pas mis, la matière est principale, pourvu que sa valeur soit égale ou presque égale à celle de l'industrie ; mais si le prix du travail dépasse de beaucoup celui de la matière, c'est l'industrie qui est réputée principale. Si le spécificateur a mis aussi de la matière, on calcule d'un côté la valeur de sa matière et de son industrie, de l'autre la valeur de l'autre matière, et on répute maître du principal celui auquel appartient la plus grande valeur. Que si les deux valeurs sont à peu près égales, la matière la plus considérable en volume est encore réputée le principal (art. 567, 569, 571 et 574).

Notre règle, que l'objet entier appartient au maître de la partie principale, souffre exception dans un cas : c'est quand une chose, quoique étant l'accessoire de l'autre (parce qu'elle a été unie à celle-ci pour son usage, son ornement ou son complément), a cependant beaucoup plus de prix qu'elle. Alors, le maître de cette chose, accessoire, mais plus précieuse, peut, pourvu que l'union ait eu lieu sans son aveu, la faire séparer de l'autre pour la reprendre, quand même la séparation devrait détériorer un peu la chose principale (art. 568).

2° Celui qui, se trouvant maître de la chose principale ou réputée telle, devient en conséquence propriétaire de l'objet nouveau, a toujours la faculté (pour ne pas payer l'autre matière ou la nouvelle forme donnée à la sienne, et qui peuvent ne pas lui convenir) d'abandonner cet objet nouveau, et de se faire livrer une matière de mêmes espèce, quantité et qualité que la sienne, ou une somme d'argent représentant sa valeur (art. 576).

3° Lorsque aucune des matières unies n'est principale, et ne peut être réputée telle, il faut distinguer si ces matières sont ou non séparables sans inconvénient. Si elles le sont, celui sans l'aveu duquel elles

ont été unies peut en exiger la division pour reprendre la sienne; dans le cas contraire, l'objet nouveau reste commun aux deux propriétaires, en proportion pour chacun de la valeur de sa matière, et aussi de son industrie dans le cas de spécification (art. 572 et 573).

4° Enfin, le propriétaire sans l'aveu duquel la matière a été employée peut, dans tous les cas où l'autre personne l'a employée de mauvaise foi (et soit que cette matière lui revienne ou qu'il en reçoive la valeur), réclamer des dommages-intérêts de cette personne, laquelle peut en outre être poursuivie criminellement s'il y a eu de sa part vol ou tout autre délit (art. 577).

XXI. — Répétons en terminant que ces différentes règles ne s'appliquent qu'autant que les choses employées sans l'aveu du propriétaire avaient été perdues ou volées, ou ont été employées de mauvaise foi, ou du moins par mégarde et *sine animo domini*. Car, pour les choses non perdues ni volées, et qu'un tiers a possédées de bonne foi *animo domini*, elles sont devenues à l'instant même sa propriété, par prescription, et les règles multiples qui viennent d'être indiquées disparaissent alors pour faire place à ce principe unique : celui-là est propriétaire qui est en possession. Et n'oublions pas que, quand même ce principe attribuerait la propriété à celui auquel les règles de l'accession l'auraient également donnée, le résultat présentera toujours cette différence, que le possesseur n'aura pas à payer le prix de la chose, comme il le devrait s'il n'acquérait que par accession.

TITRE III.

DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

(Décrété le 30 janvier 1804. — Promulgué le 9 février.)

455. On a vu précédemment que le domaine que l'homme peut avoir sur les choses, c'est-à-dire le droit de propriété, comprend plusieurs droits élémentaires; que, d'après la théorie logique et vraie, ces droits sont au nombre de trois principaux, parfaitement distincts et séparables, savoir : 1° le droit de se servir de la chose, *usus* ou *jus utendi;* 2° le droit d'en recueillir les produits, *fructus* ou *jus fruendi ;* 3° le droit d'en disposer en l'employant a un usage définitif, *abusus* ou *jus abutendi*. Mais on a vu aussi que notre Code, considérant sans doute qu'en fait les deux premiers de ces trois droits n'existent jamais l'un sans l'autre, les présente comme un droit unique, *usus-fructus,* un droit de jouissance qui peut être plus ou moins étendu, mais qui est toujours, sous quelque nom qu'il se présente, un *jus utendi et fruendi simul*.

C'est de ce droit unique de jouissance, d'usufruit, qu'il s'agit dans

notre titre. Il ne faudrait pas croire, en effet, que sous les trois qualifications d'*usufruit,* d'*usage* et d'*habitation,* la loi veuille nous présenter trois droits de natures différentes ; il ne faudrait pas croire que l'*usage* dont elle va s'occuper soit un véritable *jus utendi tantum.* Nous ne verrons pas plus d'*usus sine fructu* que de *fructus sine usu,* et l'usage dont il sera question est tout simplement un droit d'user *et de jouir,* un véritable usufruit, plus restreint que l'usufruit ordinaire ; quant au droit d'habitation, c'est ce même droit d'usage, c'est-à-dire d'usufruit plus restreint, en tant qu'il s'applique aux maisons. Ainsi, 1° usufruit ordinaire ; 2° usufruit plus restreint appliqué à d'autres biens que les maisons ; 3° ce même usufruit restreint appliqué aux maisons : tel est le triple objet de notre titre.

456. La loi traite de l'usufruit proprement dit dans le chapitre Ier, qu'elle subdivise en trois sections ; puis de l'usufruit restreint, qu'elle appelle *usage* ou *habitation,* dans le chapitre II et dernier, qui est fort court. — On se rappelle, du reste, qu'à ces trois droits d'usufruit ordinaire, d'usage et d'habitation, il faut joindre encore le droit d'emphytéose, et que ces différents droits, compris tous sous le nom générique de droit d'usufruit ou droit de jouissance, constituent les *servitudes personnelles,* par opposition aux *servitudes réelles* dont s'occupe le titre suivant.

Les docteurs ont distingué l'usufruit *causal* et l'usufruit *formel.* On appelle causal l'usufruit considéré dans les mains du propriétaire lui-même et comme partie non séparée du *dominium :* il est dit alors *causalis, quia* CAUSÆ *suæ, id est dominio, junctus est.* On appelle formel l'usufruit séparé de la nue propriété et ayant son existence propre : *dicitur formalis, quia propriam* FORMAM *habet.* Nous n'avons pas besoin de dire que notre titre ne s'occupe et ne doit s'occuper que de l'usufruit formel ; que l'usufruit causal, n'étant qu'une partie actuellement intégrante du droit de propriété, n'a pas de règles spéciales et suit le sort de cette propriété ; qu'enfin, toutes les fois qu'on parle d'usufruit sans rien ajouter, c'est de l'usufruit formel qu'il est question.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'USUFRUIT.

457. C'est de l'usufruit *ordinaire* et s'étendant *à tous* les fruits de la chose qu'il s'agit dans ce chapitre ; la loi ne parlera que dans le chapitre II de l'usufruit plus restreint qu'elle appelle *usage* ou *habitation.* Le premier est le seul que l'on nomme habituellement usufruit, quoique le second soit un usufruit également.

578. — L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance.

SOMMAIRE.

I. Quatre idées à considérer dans l'article. Observations sur la première.
II. Développement de la seconde. Erreur déjà critiquée de M. Troplong.
III. Observations sur les deux dernières.

I. — 458. Cet article est parfaitement clair, très-exact dans toutes ses parties, et nous n'aurons qu'à développer successivement chacune des quatre idées qu'il exprime.

1° Et d'abord, l'usufruit est *le droit de jouir* de la chose d'autrui, *utendi-fruendi re alienâ*. L'article ne dit pas droit d'user et de jouir, comme le disaient les Romains et comme le demanderait l'étymologie même du mot *usu-fruit ;* il dit seulement droit de jouir, parce qu'il considère le droit de jouissance comme un tout indivisible, comme un droit unique, *utendi et fruendi simul,* dans lequel l'*usus* et le *fructus* sont toujours inséparables, sinon en théorie, au moins en fait : le *fructus* n'existant jamais *sine usu,* le mot jouir comprend nécessairement l'usage, sans qu'il soit besoin de s'en expliquer.

II. — 459. 2° L'usufruit est le droit de jouir, et non pas seulement le droit de contraindre le propriétaire à faire jouir. — Quand je suis usufruitier, j'ai le droit à moi propre, absolu, et indépendant de toute relation avec quelque personne que ce soit, de me servir de la chose et d'en recueillir les fruits ; il n'y a jamais pour moi ni l'obligation ni la faculté non plus de faire intervenir aucune personne, pas plus le propriétaire qu'un autre. Si, au moment que je reçois la chose, elle n'est pas en état de servir ou de donner ses fruits, c'est à moi de l'y mettre (art. 600) ; les frais nécessaires pour l'entretenir dans cet état, c'est à moi de les faire (art. 605) ; si les bâtiments de la ferme tombent de vieillesse ou se trouvent incendiés, je ne puis pas exiger que le propriétaire les reconstruise (art. 607) ; si des récoltes entières manquent ou périssent, de telle sorte que, même pendant plusieurs années, ma jouissance soit nulle ou à peu près, je ne puis m'en plaindre vis-à-vis de personne, ni me faire indemniser par personne ; et si l'usufruit n'existe pour moi qu'au moyen d'une somme à payer chaque année, ces accidents ne me dispenseront pas de payer cette somme. En un mot, j'ai le droit de venir moi-même, directement et immédiatement, jouir de la chose, sans jamais être tenu de subir et sans pouvoir exiger l'intervention d'une personne entre cette chose et moi. — Quand je suis fermier, au contraire, j'ai le droit de contraindre le propriétaire de la chose à m'en faire jouir (art. 1709 et 1719, 3°). En conséquence, ce propriétaire est obligé de me délivrer la chose en bon état (art. 1720, alin. 1) ; les frais nécessaires pour l'entretenir dans cet état, c'est lui qui est tenu de les faire (art. 1719, 2°, et 1720, alin. 2) ; si les bâtiments sont incendiés ou autrement détruits en tout ou partie, ce même propriétaire est dans l'obligation de les reconstruire (*ibid.*) ; si des cas fortuits diminuent notablement la jouissance du fermier, il a droit d'exiger du propriétaire, et celui-ci est obligé de subir, une diminution proportionnelle du loyer (art. 1724, 1769-1773). — Ainsi, l'usufruitier a le droit propre, ab-

solu, immédiat sur la chose, de jouir de cette chose, le *jus in re utendi-fruendi ;* le locataire, lui, n'a que le droit de forcer le propriétaire à lui procurer les services et la jouissance : c'est, par conséquent, un *jus ad rem* fondé sur l'OBLIGATION toute spéciale et personnelle de ce propriétaire.

Nous avons insisté sur cette différence entre l'usufruitier et le locataire pour faire mieux comprendre l'erreur dans laquelle est tombé M. Troplong en enseignant que le droit du locataire d'immeubles est un *jus in re,* un droit réel (art. 526, n° IV). — « Puisque le locataire, dit M. Troplong, peut exiger qu'on le fasse jouir, c'est donc qu'il a le droit de jouir !!! » On voit ici quel démenti profond le Code donne à cette idée, et par les termes, dans les art. 1709 et 1719, 3°, et par les choses, dans les art. 1719, 2°, 1720, 1724, 1769 et suivants.—Le droit du preneur n'est point *in re,* mais *ad rem;* il ne se poursuit point *in rem generaliter,* mais *specialiter in personam istam,* contre le propriétaire, qui est personnellement OBLIGÉ, et seul obligé, à faire tout ce qui est nécessaire pour procurer au locataire la jouissance de la chose louée. Le locataire n'a donc pas le droit immédiat et à lui propre de jouir, mais le droit de faire intervenir un tiers qui lui procure la jouissance : sans doute, il a le *droit de jouir,* mais par l'intervention d'un tiers, et non pas le droit de jouir immédiatement par sa seule autorité.

III. — 460. 3° Maintenant, l'usufruit est le droit de jouir *des choses dont un autre a la propriété,* parce que s'il s'agissait de choses appartenant à celui qui en jouit, ce ne serait plus l'usufruit proprement dit, l'usufruit formel, ce serait un simple usufruit causal, se confondant dans le *dominium,* dont il n'est pas séparé.

4° Enfin, c'est le droit de jouir des choses *comme le propriétaire lui-même,* c'est-à-dire avec les mêmes prérogatives (art. 582, et 595 à 598), et aussi sous les mêmes charges (art. 608), mais toujours en ce qui concerne seulement l'usage de la chose ou la perception des fruits : ainsi, il ne pourrait pas, comme un propriétaire, recueillir les produits qui ne sont pas fruits (art. 592, et 598, alin. 2), ni louer pour plus de neuf ans, ou en renouvelant le bail plus de deux ou trois ans d'avance (art. 595). Il ne faudrait donc pas prendre à la lettre, et dans un sens absolu, ces mots : *comme le propriétaire lui-même ;* c'est ce que prouve d'ailleurs la fin de l'article.

En effet, l'usufruitier ne jouit de la chose qu'*à la charge d'en conserver la substance.* Or, on entend, en droit, par substance de la chose, non pas, comme en physique et en philosophie, l'essence inconnue cachée sous les qualités, sous les modes, *quod* SUB-STAT *modis,* mais, au contraire, l'ensemble des principales qualités qui rend la chose propre à tel usage ; en sorte que l'usufruitier n'a pas le droit de changer la manière d'être de la chose (1). Ainsi, il ne peut pas faire d'une prairie un

(1) Jugé que l'usufruitier d'une maison à l'état d'auberge peut, s'il est dans l'impossibilité de conserver cette destination à la maison, la louer pour l'exercice d'une autre industrie (Cass., 8 avr. 1845 : Dev., 45, I, 606 ; *J. Pal.,* 48, I, 675), et que

vignoble, ni transformer une terre de labour en un bois. Des actes de ce genre seraient un abus de jouissance qui pourrait, selon les cas, faire prononcer l'extinction de l'usufruit (art. 618).

461. C'est une question assez difficile (mais heureusement sans aucune importance) que de savoir si ces derniers mots de notre article : *à la charge de conserver la substance,* sont ou non la traduction du *salvâ rerum substantiâ* des Institutes (I, 2, tit. 4). Trois sens différents ont été donnés à ce dernier texte. L'un est celui que reproduit notre article, *à la charge de conserver la substance;* il indique l'une des principales obligations de l'usufruitier. Selon certains interprètes, les mots *salvâ substantiâ* signifieraient *tant que dure la substance,* ce qui aurait pour but d'indiquer la durée de l'usufruit, en faisant connaître l'une des manières par lesquelles il prend fin, savoir le changement de substance dans la chose. Enfin, d'autres pensent que Justinien a voulu indiquer sur quelles choses peut s'établir un usufruit véritable; en sorte que la phrase *jus alienis rebus utendi-fruendi, salvâ rerum substantiâ* (le droit d'user et de jouir des choses d'autrui, sans destruction de leur substance) exprimerait le droit d'user et de jouir des choses dont l'usage et la jouissance n'emportent pas la consommation immédiate. C'est à cette idée que se rapporteraient les paroles suivantes : *Est enim jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est,* et ces autres : *Hæ res (quæ ipso usu consumuntur) neque naturali ratione, neque civili, recipiunt usum-fructum.*

Quoi qu'il en soit du sens de cette phrase, les trois idées par lesquelles on veut l'expliquer sont également vraies; il est vrai que l'usufruitier est tenu de conserver la chose et de la maintenir dans le même état; il est également vrai que l'usufruit s'éteindrait par la destruction de la chose, et que, dans les principes romains, il s'éteignait aussi par tout changement de la substance, *mutatione rei;* il est vrai, enfin, et évident par les termes mêmes, que les choses qui doivent se consommer par le premier usage qu'on en fera ne sont pas susceptibles d'un usufruit véritable (*voy.* art. 581) (1).

579. — L'usufruit est établi par la loi, ou par la volonté de l'homme.

---

l'usufruitier d'une vigne qui vient à dépérir par vétusté peut l'arracher et convertir le sol en terre labourable (Orléans, 6 janv. 1848 : Dev., 48, II, 281; Dall., 48, II, 107).

(1) Au cas de vente simultanée, et pour un seul et même prix, de l'usufruit d'un immeuble et de la nue propriété, l'usufruitier a droit à une part de ce prix correspondante à la valeur de l'usufruit, et non à l'usufruit du prix total. Cass., 24 nov. 1858 (Dev., 59, I, 129); Lyon, 7 nov. 1863 (Dev., 64, II, 276). — Il ne peut être contraint de souffrir la licitation des immeubles grevés de son droit d'usufruit lorsque cette licitation, qui aurait pour effet de convertir sa jouissance réelle sur les immeubles en revenus d'une somme d'argent, n'a lieu que dans l'intérêt des nus propriétaires; mais il en est autrement lorsqu'il y a nécessité de vendre pour payer les dettes. Metz, 14 déc. 1864 (Dev., 65, II, 16).

SOMMAIRE.

I. Quand l'usufruit est établi directement par la loi. — Comment il s'établit par la volonté de l'homme.
II. Il s'établit aussi par prescription, mais non par jugement. Erreur de Maleville.

I. — 462. L'usufruit est établi directement par la loi : 1° au profit des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans et non émancipés (art. 384); il l'est encore 2° dans le cas de succession à une personne qui laisse pour héritiers dans une ligne son père ou sa mère, et dans l'autre des parents collatéraux autres que les frères et sœurs ou descendants de frères et sœurs : dans ce cas, le père a droit à l'usufruit du tiers des biens que prennent les collatéraux maternels; et réciproquement pour la mère, si c'est elle qui survit (articles 753 et 754). — Quant aux art. 1401, 1530 et 1549, au titre *Du Contrat de mariage,* ils établissent bien aussi, soit au profit de la communauté dont le mari est chef, soit directement au profit du mari lui-même, un droit d'usufruit sur les biens de la femme; mais les futurs époux étant libres d'adopter tel ou tel des divers régimes de mariage, l'usufruit est alors établi par convention, par la volonté de l'homme, plutôt que par la loi même.

Il est clair qu'un propriétaire peut établir un droit d'usufruit sur tout ou partie de ses biens, de la même manière qu'il pourrait les aliéner : il peut le faire par acte de dernière volonté; il le peut par acte entre-vifs, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Dans tous les cas, il peut l'établir directement ou par déduction : directement, c'est-à-dire en conférant à un tiers l'usufruit du bien qui lui appartient; par déduction, c'est-à-dire en réservant pour lui-même ou pour ses héritiers l'usufruit du bien qu'il aliène.

II. — 463. Le droit d'usufruit peut s'établir aussi par prescription. En effet, l'usufruit est un bien meuble ou immeuble, selon la nature mobilière ou immobilière de son objet (art. 526, et 529, n° I); or, les biens incorporels, les droits, sont susceptibles d'être possédés et par conséquent d'être acquis par prescription, tout comme les biens corporels : « La possession, dit l'art. 2228, est la détention *ou la jouissance* d'une chose *ou d'un droit* que nous tenons *ou que nous exerçons* par nous-mêmes ou par un autre qui la tient *ou qui l'exerce* en notre nom. » Donc la prescription de l'usufruit s'accomplira par la possession du droit, c'est-à-dire par son exercice, immédiatement quand il s'agira de choses mobilières (art. 2279); et pour les choses immobilières, par dix ou vingt ans, s'il y a juste titre et bonne foi (art. 2265), et par trente ans dans le cas contraire (art. 2262).

Il ne faudrait pas dire que celui qui se croit usufruitier ne peut pas prescrire, attendu qu'il ne possède pas à titre de maître, *animo domini* (art. 2236); ce serait prendre le change. Sans doute, l'usufruitier, ou celui qui se croit tel, ne possède pas à titre de maître la chose soumise à l'usufruit; mais ce n'est pas de la prescription de cette chose que

nous parlons, c'est seulement de la prescription du droit même d'usufruit. Or, cet usufruit, ce bien incorporel, il est clair que l'usufruitier réel ou putatif le possède, l'exerce comme sien. — Qu'on ne dise pas non plus : Le bien incorporel, c'est le droit même; or, ce droit ne peut exister qu'après la prescription accomplie : donc, jusque-là, le bien n'existant pas ne peut pas être possédé, et s'il ne peut pas être possédé, il ne peut pas s'acquérir par prescription. Cette subtilité est inadmissible : si le droit même n'existe pas (puisque c'est lui qu'il s'agit de réaliser par la prescription), il existe un droit putatif dont la possession est très-réelle, dont l'exercice est visible et saisissable pour tous, et qui peut très-bien présenter les caractères exigés par les art. 2228 et suivants pour l'acquisition par prescription. En présentant la possession comme moyen d'acquisition, aussi bien pour les droits que pour les choses corporelles (art. 2219, 2228 et 2229), il est clair que la loi n'entend pas parler de l'acquisition d'un droit qui vous appartiendrait déjà, ce qui serait absurde. C'est donc de l'exercice du droit putatif que parle l'art. 2228 (1).

Ainsi, j'achète à prix d'argent, sur une ferme ou une maison, un droit d'usufruit, d'une personne que je crois propriétaire du bien et qui ne l'est pas. Il est clair que je ne pourrai jamais acquérir par prescription la ferme ou la maison, car je ne les possède pas et ne puis pas les posséder à titre de propriétaire (art. 2246 et 2230); mais après le temps voulu selon les diverses hypothèses prévues au titre *De la Prescription,* je serai propriétaire de mon droit d'usufruit.

464. Mais l'usufruit ne saurait être établi, dans quelque circonstance que ce soit, par sentence du juge. A Rome, le juge pouvait, dans le partage de biens communs, et si ce partage lui paraissait impossible ou désavantageux à réaliser autrement, attribuer l'usufruit à l'un des copropriétaires et la nue propriété à l'autre, de même qu'il pouvait, même pour opérer un simple bornage de biens voisins, adjuger à l'un une partie du bien de l'autre; l'*adjudicatio* était une des causes légales d'acquisition. Il en est autrement chez nous; l'adjudication n'est point un moyen d'acquérir dans notre droit, et le tribunal qui attribuerait à un copartageant la nue propriété d'une chose commune, pour donner l'usufruit à l'autre, dépasserait ses pouvoirs et ferait un acte nul et insignifiant. — On s'étonne de lire le contraire dans l'ouvrage de Maleville (art. 579-581), qui, du reste, est contredit par tous les auteurs. Le tribunal saisi d'une demande en partage n'a pas d'autre droit que d'ordonner 1° le partage en nature des choses reconnues facilement partageables, et 2° la licitation des autres.

580. — L'usufruit peut être établi, ou purement, ou à certain jour, ou à condition.

---

(1) *Conf.* Toullier (III, 393); Proudhon (II, 750); Vazeille (n° 136); Troplong (*Prescr.*, art. 2265); Duranton (IV, 502); Zachariæ, Aubry et Rau (II, § 227, p. 415); Demolombe (X, n° 241); *Dict. not.* (v° Usufruit, n°s 69 et suiv.); arrêt de la Cour suprême du 17 juill. 1816.

465. Que l'usufruit soit établi par acte entre-vifs ou par acte de dernière volonté, il peut l'être 1° à terme, c'est-à-dire pour finir après un temps déterminé, *ad diem,* ou pour commencer à telle époque déterminée, *ex die;* 2° sous condition, soit suspensive (par exemple, vous aurez l'usufruit de ma ferme si vous n'êtes pas nommé à tel emploi), soit résolutoire (par exemple, je vous donne l'usufruit de ma ferme, mais cette concession sera non avenue si vous êtes nommé à cet emploi); 3° enfin purement, c'est-à-dire sans aucun terme ni condition (1).

581. — Il peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles.

SOMMAIRE.

I. L'usufruit ne peut pas exister sur les choses de consommation.
II. Ni sur les choses fongibles.
III. Mais il existe pour ces diverses choses un quasi-usufruit qui justifie la disposition de notre article.

I. — 466. A proprement parler, tous les biens ne sont pas susceptibles d'usufruit, d'un usufruit véritable; l'usufruit ne peut pas s'établir sur les choses de consommation. En effet, l'usufruit est le droit de jouir d'une chose dont un tiers conserve la propriété; il suppose donc la séparation de l'*usus* et du *fructus* d'avec l'*abusus*. Mais s'il en est ainsi, il est donc impossible pour les choses dont l'*usus* est en même temps l'*abusus*... Ainsi, comment pourrais-je être usufruitier d'une pièce de vin? User et jouir d'une pièce de vin, c'est ni plus ni moins la boire; mais avoir le droit de boire ce vin, c'est en avoir la disposition, l'*abusus,* la propriété même; en sorte que ce n'est plus là *le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété*. Donc, quand vous me consentez un droit d'usufruit sur des choses de consommation, il n'y a là de l'usufruit que le nom, et au lieu d'un simple démembrement de la propriété, vous me concédez la propriété même; c'est une aliénation complète de la chose. Aussi Justinien, après avoir dit, comme notre article, que l'usufruit peut être établi sur toute espèce de choses (*Instit.*, l. 2, t. 4, § 2), a-t-il soin d'ajouter : *Exceptis iis quæ ipso usu consumuntur; nam hæ res, neque naturali ratione, neque civili, recipiunt usumfructum.*

II. — 467. Et ce n'est pas seulement pour les choses qui, *d'après leur nature même,* doivent se consommer par le premier usage, c'est-à-dire pour les choses de consommation, que l'usufruit est impossible, c'est également et par la même raison pour les choses qui doivent se consommer ainsi *d'après l'intention des parties,* pour les choses fon-

(1) La donation ou le legs de l'usufruit de tous les biens que le donateur ou le testateur laissera dans sa possession comprend même l'usufruit des biens dont le donateur ou testateur n'avait que la nue propriété; l'usufruit venant à s'éteindre profite non aux héritiers du donateur ou testateur, mais au donataire ou légataire. Rennes, 19 mai 1863; Bordeaux, 16 juin 1863 (Dev., 63, II, 263).

gibles, alors même qu'elles ne seraient pas choses de consommation.

Ainsi, des meubles meublants, tels que secrétaires, armoires, bibliothèques, tapis, etc., ne se consomment pas par le premier usage naturel, ordinaire, et dès lors ils sont en général susceptibles d'usufruit. Quand mon oncle meurt en me léguant l'usufruit de sa maison de campagne et des meubles qui la garnissent, j'ai un véritable usufruit sur ces meubles aussi bien que sur la maison, je ne suis pas plus propriétaire des premiers que de la dernière.

Mais si, dans telle circonstance particulière, les choses doivent se consommer par le premier usage *intentionnel,* par un usage auquel elles ne sont pas destinées par la nature ordinaire des choses, mais auquel les destine la volonté spéciale des parties, il est clair qu'il n'y aura pas d'usufruit possible. Ainsi, supposons qu'un marchand de meubles mourant sans enfants lègue à son frère, marchand de meubles comme lui, l'usufruit de son magasin, puis à son neveu la nue propriété de ce magasin : il est clair que ce n'est pas un simple droit d'usufruit qui appartiendra au frère ; il est clair que le défunt n'a pas entendu ne léguer à son frère que le droit de dérouler, pour se promener dessus, les cent tapis amoncelés dans un coin... de ranger des livres dans les trente ou quarante bois de bibliothèques... de serrer son linge et celui de ses amis dans les commodes et les armoires, et ainsi du reste. En léguant l'usufruit de son magasin, de son fonds de commerce, à un parent de sa profession, le défunt a évidemment entendu que ce parent continuerait le commerce en vendant toutes les marchandises, à la charge de les remplacer, pour vendre ensuite les nouvelles et les remplacer encore, de manière à maintenir toujours sur le même pied le magasin et son achalandage, choses dont le neveu a la nue propriété, et dont il prendra la jouissance quand s'éteindra la jouissance du frère. Mais, puisque ce frère peut et doit vendre les meubles, il en a donc l'*abusus,* et non pas seulement l'*usufructus,* il en est donc propriétaire ; et ce n'est pas un simple usufruit qui existe sur ces choses, quoiqu'elles ne soient pas choses de consommation.

468. Au reste, si le frère est vraiment propriétaire des marchandises, il n'est pas également, on le conçoit, propriétaire et maître du fonds de commerce. Le fonds ne doit pas être confondu avec les marchandises par la succession desquelles il se constitue : les marchandises s'en vont et doivent s'en aller ; car c'est plus qu'un droit, c'est un devoir pour l'usufruitier, de les vendre pour les remplacer. Le fonds, lui, doit rester toujours ; telle a été l'intention du disposant. Ce fonds, cet assemblage toujours permanent de choses disparaissant toujours, avec son accessoire, l'achalandage qui le fait fructifier, ce fonds est un bien en partie matériel, en partie moral, sur lequel l'usufruitier a seulement le droit de jouissance, d'exploitation, *fructus ;* mais non pas le droit de disposition (*voy.* l'art. 1551, n° 1). Ainsi, l'usufruitier ne pourrait pas dire qu'il va vendre toutes les marchandises sans en acheter d'autres, puis fermer le magasin, ou bien vendre ce fonds à un tiers, sauf dans les deux cas l'obligation pour lui d'ouvrir, à la fin de l'usufruit, un ma-

gasin nouveau, qu'il garnira d'une même quantité de marchandises semblables; ce serait disposer du fonds, et il n'en a pas le droit. Et puisqu'il n'a pas ce droit, ses créanciers ne l'auraient donc pas non plus : ils ne pourraient ni détruire, ni aliéner le fonds; ils pourraient seulement en surveiller l'exploitation ou l'exploiter eux-mêmes pour s'en attribuer les produits.

III. — 469. Les choses qui doivent se consommer par le premier usage auquel les destine soit la nature même (choses de consommation), soit l'intention de l'homme (choses fongibles), n'étant pas susceptibles d'usufruit, on a dû chercher le moyen de remplacer cet usufruit par quelque chose d'équivalent. Ce moyen s'est trouvé tout naturellement dans l'obligation prise, par celui qui reçoit ces choses, de rendre au soi-disant nu propriétaire, à l'époque à laquelle aurait fini l'usufruit, s'il y avait eu usufruit, des choses de mêmes espèce, quantité et qualité, que celles qui ont été reçues. On peut encore livrer les choses sous une estimation dont le montant sera rendu à la fin du prétendu usufruit. C'est là ce que le Code va nous dire dans l'art. 587.

On voit que, dans l'un et l'autre cas, l'usufruit impossible est remplacé par un équivalent parfait : cet équivalent a reçu le nom de quasi-usufruit. C'est en mettant ce quasi-usufruit sur la même ligne que l'usufruit proprement dit, parce qu'il produit en effet des résultats analogues, que notre article déclare l'usufruit possible pour toute espèce de biens.

Puisque l'usufruit peut exister sur tout bien quel qu'il soit, et qu'un usufruit est un bien, on peut donc établir un usufruit sur un autre usufruit. Ainsi, vous pouvez me concéder l'usufruit de l'usufruit que vous avez sur une ferme. Dans ce cas, je recueillerai, comme vous l'auriez fait vous-même, et à votre place, tous les fruits de cette ferme; en sorte que, sous ce rapport, le résultat sera le même que si vous m'aviez vendu ou autrement cédé votre usufruit lui-même, la propriété même de votre droit. Mais il y aura une différence d'un autre côté : c'est que mon droit sur votre usufruit, n'étant lui-même qu'un usufruit, s'éteindra nécessairement par ma mort, en sorte que mon décès, s'il arrive avant le vôtre, vous fera revenir la jouissance de la ferme jusqu'à ce que vous mouriez vous-même; tandis que si j'avais acquis la propriété de votre usufruit, mes héritiers, après ma mort, auraient continué de jouir de la ferme jusqu'à votre décès à vous. — Une circonstance assez bizarre de l'usufruit existant ainsi sur un autre usufruit, c'est que mon usufruit, mon bien, ne serait immeuble qu'en considération d'un objet qui ne serait lui-même immeuble que par son objet seulement. C'est la ferme, immeuble corporel et par nature, qui immobiliserait votre usufruit d'abord, puis ensuite et médiatement mon usufruit à moi (1).

---

(1) Un bail à ferme peut être l'objet d'un usufruit; par suite, l'usufruitier de tous les biens d'une succession a le droit de jouir d'un bail à ferme qui était exploité par le défunt et qui fait partie de sa succession. Montpellier, 13 mars 1856; Cass., 19 janv. 1857 (Dev., 57, II, 695; 59, I, 421; Dall., 57, II, 160; 59, I, 279).

Quant aux servitudes réelles, quoiqu'elles soient aussi des biens, elles ne sont cependant pas par elles-mêmes susceptibles d'usufruit. C'est qu'en effet, ces servitudes ne sont pas des biens par elles-mêmes : elles ne sont telles qu'en tant qu'elles restent unies à l'immeuble auquel elles appartiennent. Donc, elles pourront être soumises à l'usufruit comme et avec cet immeuble, mais non pas sans lui. On verra plus tard qu'elles ne pourraient être hypothéquées ou vendues qu'à celui auquel on hypothèque ou à qui on vend l'immeuble lui-même. Que feriez-vous, en effet, d'un droit de passage conduisant à une maison qui ne vous appartient pas? — Au contraire, l'usufruit, étant un bien existant par lui-même, peut être vendu, donné ou hypothéqué par lui-même (art. 595, et 2118, 2°).

470. La circonstance, indiquée par notre article, que l'usufruit peut être établi sur les meubles comme sur les immeubles, est encore une de celles qui le distinguent des servitudes réelles, lesquelles ne peuvent jamais exister que sur des immeubles (1).

SECTION PREMIÈRE.

DES DROITS DE L'USUFRUITIER.

582. — L'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l'objet dont il a l'usufruit.

583. — Les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels.

Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture.

584. — Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes.

Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils.

SOMMAIRE.

I. Ce que la loi entend par fruits. — 1° Des fruits véritables.
II. 2° Des fruits purement civils.

I. — 471. L'usufruitier, comme l'indique son nom même, *usu*-FRUCTUARIUS, a droit à tous les fruits de la chose. Il n'a pas seulement, comme le dit fort inexactement l'art. 582, le droit de *jouir des fruits,* mais bien le droit de recueillir ces fruits pour en faire sa propriété et en disposer comme il voudra.

Mais qu'entend-on par fruits?... Il faut, pour bien comprendre la signification légale de ce mot, distinguer avec le Code : 1° les fruits véritables, qui sont tels par leur nature même; 2° les fruits purement ci-

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Usufruit, n°s 33 et suiv.).

vils, qui ne sont réputés tels que par la détermination et la fiction de la loi.

1° Les fruits véritables (que la loi divise en naturels et en industriels, mais qui sont tous naturels par opposition aux fruits civils) sont tous les produits qu'une chose donne et est destinée à donner, d'après la volonté du propriétaire. — La distinction des fruits en naturels et industriels, selon que la chose les produit sans le travail de l'homme ou au moyen de ce travail, n'a aucune espèce d'importance, et il eût été bien plus simple de ne diviser les fruits qu'en naturels et civils ; car les fruits que la loi appelle industriels suivent absolument la même règle que ceux qu'elle appelle naturels. — Nous avons dit, les produits que la chose *est destinée à donner*, et non pas tous les produits qu'elle donne : ainsi, les arbres d'une futaie non aménagée sont bien des produits, mais non pas des fruits, puisqu'ils ne sont pas destinés à être recueillis sur le fonds, mais à y rester pour son ornement ; de même, les métaux, pierres, houilles, tourbes et autres substances que contient un terrain ne sont pas des fruits tant que le propriétaire n'en a pas organisé ou permis l'extraction (1). Quand, au contraire, la futaie est mise en coupe réglée, et quand il s'agit de mines, carrières, etc., régulièrement ouvertes, les arbres abattus suivant l'ordre des coupes dans le premier cas, et les matières extraites dans le second, deviennent fruits.

Il est vrai que les matières extraites du sol ne sont jamais des fruits proprement dits, puisqu'il n'en renaît pas d'autres après leur enlèvement, et que c'est le sol même qu'on enlève par partie en les tirant. Mais ce n'est pas du point de vue philosophique, c'est du point de vue légal que nous devons définir et étudier les fruits. Or, la loi, laissant de côté les règles résultant rigoureusement de la nature des choses pour se préoccuper davantage de la destination de l'homme, repousse de la classe des fruits des choses que la nature y place, et réciproquement y place des choses que leur nature devrait en faire sortir. C'est ainsi qu'elle n'accepte pas comme fruits les futaies non aménagées, tandis qu'elle considère comme telles les choses extraites du sol d'après la destination du propriétaire (*voy.* art. 598, 1403, et l'explication de l'art. 547).

II. — 472. 2° Les fruits civils ne sont rien autre chose que les revenus, en argent ou en nature, que l'on reçoit à l'occasion d'une chose qui ne produit pas de fruits véritables. Ainsi, les sommes que je reçois pour la location de ma maison, les intérêts qu'on me paye pour le capital que j'ai déposé chez un banquier, ou prêté sur hypothèque, les arrérages en argent ou en denrées que me procure mon droit de rente, sont des fruits civils ; la maison, le capital et le droit de rente ne sont pas des choses frugifères, comme un arbre, une pièce de terre ou un

(1) A moins, bien entendu, que l'État, comme il le peut, n'ait ordonné, malgré le propriétaire et moyennant indemnité, l'ouverture et l'exploitation de la mine (L. 21 avr. 1810).

troupeau; ce que je reçois à l'occasion de ces choses n'est pas réellement né de ces choses; c'est fictivement que ces choses sont considérées comme l'ayant produit.

Quoique les revenus perçus à l'occasion de choses non frugifères soient les seuls qui dussent rigoureusement être appelés fruits civils, le Code, s'écartant en ce point des principes romains et de la nature des choses, toujours pour donner une consécration plus complète à la destination de l'homme, *range aussi dans cette classe* les loyers des baux à ferme. Ces loyers, dans la réalité, ne sont pas plus des fruits civils que des fruits naturels : ils sont tout simplement le prix de la cession faite au fermier du droit de recueillir les véritables fruits que donne la ferme; ils ne sont pas plus des fruits que l'argent provenant de la vente des grains récoltés sur vos terres. Aussi, le Code, après avoir dit que les loyers des maisons, les intérêts des capitaux et les arrérages des rentes sont fruits civils, le Code, au lieu de placer tout simplement les loyers des fermes dans la même phrase, a soin d'écrire un alinéa particulier pour nous dire, non pas précisément que ces loyers *sont* également des fruits civils, mais qu'ils sont aussi *rangés dans cette classe*. C'est pour cela encore que dans l'art. 586, après avoir tracé la règle d'après laquelle les fruits civils s'acquièrent, il prend la peine d'ajouter une seconde phrase pour dire que les loyers des fermes s'acquièrent d'après cette même règle.

585. — Les fruits naturels et industriels, pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier.

Ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit, appartiennent au propriétaire, sans récompense de part ni d'autre des labours et des semences, mais aussi sans préjudice de la portion des fruits qui pourrait être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au commencement ou à la cessation de l'usufruit.

SOMMAIRE.

I. Les fruits (naturels et industriels) ne s'acquièrent que par la perception. Résultats étranges de cette règle.

II. Il ne suffit pas que la perception soit réalisée par l'usufruitier ou en son nom; il faut de plus qu'elle soit faite en temps utile et non par anticipation.

III. Une récolte anticipée ne donne cependant pas lieu à indemnité pour le propriétaire si l'usufruitier en a laissé l'équivalent en fruits qu'il eût pu recueillir et n'a pas recueillis.

IV. La dispense pour celui qui recueille les fruits de payer les frais de labours et autres qu'il n'a pas faits ne s'applique qu'entre l'usufruitier et le propriétaire, mais non si c'est un tiers qui a fait ces frais.

V. La circonstance qu'un fonds se trouve soumis à un usufruit ou libéré, au contraire, de l'usufruit qui le grevait, ne saurait modifier les droits d'un colon ayant un titre à date certaine.

VI. La vente faite de fruits sur pied par un usufruitier n'est valable qu'autant que la récolte de ces fruits se fait avant l'extinction de l'usufruit. Erreur de MM. Duranton et Zachariæ.

I. — 473. Les fruits que nous avons appelés naturels (et qui comprennent ceux que le Code appelle industriels), c'est-à-dire les fruits véritables, ne s'acquièrent pas pour l'usufruitier de la même manière que les fruits civils. Notre article trace la règle d'acquisition des premiers; l'article suivant présente celle qui régit les seconds.

Tous fruits naturels sont légitimement acquis à l'usufruitier par la perception qu'il fait ou fait faire, pendant la durée de son usufruit, de ces fruits arrivés à leur maturité. Ainsi, quand votre usufruit d'un terrain planté en vignes s'ouvre vers la fin d'août, quelques jours avant le commencement de la vendange, la récolte que vous ferez pendant le mois de septembre vous appartiendra tout entière, et resterait à vos héritiers, alors même que vous décéderiez immédiatement après l'avoir faite, en sorte que, pendant un mois ou six semaines d'usufruit, vous auriez gagné les fruits de toute une année. Mais réciproquement, si votre usufruit finit au moment même de la récolte d'une année, c'est au propriétaire du fonds que cette récolte entière reviendra, sans que vous ou vos héritiers en puissiez réclamer aucune partie. Il suit de là que si votre usufruit commençait quelques jours après la récolte terminée, et finissait quelques jours avant le commencement de la récolte suivante, vous n'auriez rien recueilli malgré vos dix ou onze mois d'usufruit; tandis que s'il commençait quelques jours avant la première et finissait quelques jours après la seconde, vous auriez deux récoltes pour une jouissance de treize mois. Ainsi, dans le cas d'un bois taillis, il peut arriver qu'un seul mois d'usufruit vous donne la récolte de neuf années, et qu'au contraire votre usufruit dure plus de huit ans sans que vous recueilliez rien! Au reste, si étrange que puisse être parfois le résultat de cette règle, elle n'a cependant rien d'inique, à cause des chances réciproques de gain et de perte que courront également le propriétaire et l'usufruitier.

II. — 474. Mais pour que l'usufruitier fasse les fruits siens, il faut qu'il les perçoive, et qu'il les perçoive en maturité.

Et d'abord il faut qu'il les perçoive, en sorte que si l'usufruit venait à cesser quelques mois après le moment où il aurait pu faire une récolte, mais sans que cette récolte soit faite, tous les fruits non perçus appartiendraient au propriétaire, sans que l'ex-usufruitier ou son héritier pût réclamer aucune indemnité. C'est ce que déclare positivement la fin de l'alinéa 1 de l'art. 590, qui ne fait qu'appliquer aux coupes de bois une règle générale pour tous les fruits quels qu'ils soient. — On comprend qu'il en serait autrement, et que le propriétaire devrait une indemnité proportionnelle, si la perception avait été empêchée par un fait imputable à ce propriétaire, ou par suite d'un trouble de droit à la garantie duquel il est tenu. Mais elle ne serait plus due si l'obstacle provenait d'un événement de force majeure, par exemple d'une inondation; car c'est là une circonstance dont le propriétaire ne peut pas être responsable. La décision contraire, présentée par Delvincourt, est repoussée avec raison par Proudhon (III, 1778), M. Duranton (IV, 558) et M. Zachariæ (II, p. 13, note 9).

Et puisque c'est seulement par la perception que l'usufruitier fait les fruits siens, notre article s'exprime donc inexactement quand il dit que les fruits pendants lors de l'ouverture de l'usufruit *appartiennent* à l'usufruitier ; il entend seulement par là que cet usufruitier a le droit de les percevoir.

Mais maintenant, ce n'est pas quand il le veut que l'usufruitier peut percevoir les fruits nés sur le fonds ; c'est seulement quand ils sont en maturité, quand le temps voulu pour la récolte est arrivé. Ainsi, il ne pourrait pas, dans la prévoyance de l'extinction prochaine de l'usufruit, couper des bois ou autres fruits qui ne devaient être récoltés que plus tard. Ce cas est également prévu par l'alinéa 1 de l'art. 590, qui déclare que l'usufruitier est tenu de couper les taillis conformément à l'aménagement, ou, à défaut d'aménagement antérieur, conformément à l'usage constant des propriétaires possédant de semblables taillis. Si donc l'usufruitier avait fait des coupes ou récoltes anticipées, il devrait au propriétaire une indemnité proportionnée au préjudice que celui-ci en subirait. — Il est clair que les fruits seraient recueillis très-légitimement, quoique avant leur maturité réelle, s'ils devaient être employés à un usage auquel ils ne seraient plus propres plus tard ; par exemple, s'il s'agissait de poires, de pêches, prunes, etc., que l'on doit confire. Il est vrai de dire alors que les fruits sont mûrs quant à l'usage auquel on les destine (1).

III. — 475. Si l'usufruitier, au moment que son droit s'éteint, se trouvait avoir fait d'une part des récoltes anticipées, en laissant sur pied d'un autre côté des fruits qu'il aurait pu recueillir, y aurait-il lieu à compensation ? L'équité le demande évidemment ; mais les principes de la matière le permettent-ils ? La question n'est pas sans difficulté. Le propriétaire pourrait dire à l'usufruitier : « Tous les fruits non recueillis m'appartenant absolument par le seul fait de leur existence sur pied, et n'ayant jamais cessé de m'appartenir, il n'y a pas lieu d'établir une compensation entre ce qui m'est dû et une chose qui est et qui a toujours été mienne ; en recueillant des fruits non échus, vous avez *pris ma chose,* tandis qu'en laissant ceux qui étaient échus déjà vous ne m'avez pas *donné* une chose qui fût *vôtre*..... » Nous ne croyons cependant pas qu'on puisse accueillir ces idées.

Il est bien vrai que tous les fruits non recueillis sont et ont toujours été la chose du propriétaire, et nous pensons dès lors qu'il n'y aurait pas lieu de les offrir en compensation d'une dette d'indemnité si cette dette était vraiment née ; mais il nous paraît que, dans ce cas, la dette de dommages-intérêts ne s'est pas même formée.

En effet, l'usufruitier ne se fait débiteur d'une indemnité que quand il prend sur le fonds plus de fruits qu'il n'en doit prendre quant à présent ; mais quand, en prenant trop d'un côté, il ne prend pas de l'autre tout ce qu'il pourrait enlever, et que la partie ainsi laissée se trouve égaler ou dépasser en valeur celle qu'il a prise trop tôt, il est clair

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Usufruit, n° 162).

qu'aucun tort n'est causé : sa jouissance, prise dans son ensemble, est sans doute peu régulière, mais elle n'est pas préjudiciable ; il n'y a donc pas lieu à indemnité, la dette ne naît pas.

IV. — 476. Les fruits qui sont inhérents au fonds au commencement de l'usufruit appartiendront à l'usufruitier par la perception, et ceux qui existent encore à la fin de cet usufruit appartiennent au propriétaire ; *sans récompense,* dit l'article, *de part ni d'autre, des labours et des semences.* Mais, bien entendu, il n'en serait pas ainsi si les frais de labours, de semences et autres avaient été faits non par le propriétaire ou l'usufruitier, mais par un tiers. Ainsi, supposons que les terres sur lesquelles frappe votre usufruit, et dont vous recueillez aujourd'hui la première récolte, aient été cultivées ou ensemencées non par le propriétaire, mais par un tiers qui n'est pas encore remboursé de ses frais, il est clair que vous ne pourrez recueillir et conserver les fruits que sous l'obligation de récompenser ce tiers des dépenses qu'il a faites, sauf à vous à exercer ensuite votre recours contre le propriétaire, dans l'intérêt duquel les dépenses avaient été faites, et dont vous avez rempli l'obligation en les payant.

Mais vous ne pouvez pas vous dispenser de payer le tiers si le propriétaire ne le paye pas, ni éviter les poursuites que ce tiers peut pratiquer sur les récoltes : vous invoqueriez en vain l'exception que notre article apporte à l'art. 548 ; car cette exception, comme le prouvent ses termes et son esprit, n'a d'effet qu'entre le propriétaire et l'usufruitier pour les travaux faits par l'un et dont l'autre profite, mais elle ne s'applique pas vis-à-vis des tiers. Entre le propriétaire et l'usufruitier, la règle se trouve équitable par la réciprocité des chances : le propriétaire qui perd aujourd'hui les dépenses dont vous profitez pourra gagner à la fin de l'usufruit celles que vous aurez faites la dernière année ; mais il n'existe rien de semblable pour le tiers. C'est donc seulement *de part et d'autre,* entre vous deux, que l'obligation de récompense imposée par l'art. 548 est supprimée ici.

V. — 477. Ce n'est pas à tous les fruits absolument qui se trouvent inhérents au fonds, soit au commencement, soit à la fin de l'usufruit, qu'ont droit l'usufruitier dans le premier cas, et le propriétaire dans le second ; c'est seulement, bien entendu, à ceux sur lesquels un tiers n'a pas un droit acquis. Ainsi, quand, au commencement de l'usufruit, le fonds est occupé à bail par un colon ayant droit à la moitié ou à un tiers des fruits, l'usufruitier ne peut prendre que l'autre moitié ou les deux autres tiers : le propriétaire n'a que ce même droit à la fin de l'usufruit, s'il existe à ce moment un colon partiaire. C'est ce que déclarent les derniers mots de notre article. Mais il faut, bien entendu, dans l'un et l'autre cas, que le bail du colon ait une date certaine (*voy.* art. 1743) ; et s'il s'agit d'un bail consenti par l'usufruitier, il faut que celui-ci se soit conformé aux règles portées sur la durée et le renouvellement des baux de simple administration (art. 595, 1429 et 1430).

Donc, l'usufruitier, au commencement de l'usufruit (et le proprié-

taire quand l'usufruit finit), ne peut prendre tous les fruits qu'autant que le propriétaire (dans le premier cas, et l'usufruitier dans le second) jouissait du fonds par lui-même. En effet, 1° si ce fonds était exploité par un métayer ou colon partiaire, c'est seulement aux fruits que ce colon ne prend pas que l'usufruitier (ou le propriétaire) a droit; et 2° si c'est un fermier payant en argent qui existe, le prix des loyers forme alors des fruits civils, lesquels, d'après l'article suivant, s'acquièrent d'après une tout autre règle, savoir, jour par jour et en proportion du temps que dure la jouissance.

VI. — 478. C'est une question très-controversée que celle de savoir si la vente qu'un usufruitier ferait de fruits encore sur pied serait valable, dans le cas où cet usufruitier mourrait avant la récolte faite, et si par conséquent l'acheteur aurait, dans ce cas, le droit de faire cette récolte.

Nous avouons que cette question n'en est pas une pour nous. En effet, c'est un principe reconnu par tout le monde, que l'usufruitier ne devient propriétaire des fruits que par leur récolte, par leur séparation du fonds qui les produit. Donc, quand l'usufruitier vend des fruits non recueillis, il vend des choses qui ne lui appartiennent pas encore : la vente est nécessairement conditionnelle; elle est faite sous la condition que les fruits tomberont dans la propriété du vendeur par la perception qui en sera faite avant l'extinction de l'usufruit. Donc, quand le décès de l'usufruitier, ou l'extinction de l'usufruit par toute autre cause, précède la récolte, la vente est non avenue; les choses vendues n'ont jamais été et ne peuvent plus devenir la propriété du vendeur, et dès lors s'applique inévitablement la disposition de l'art. 1599, qui déclare avec raison que « la vente de la chose d'autrui est nulle. » Rien, selon nous, ne saurait être plus clair que ceci.

Cependant, un arrêt de cassation du 21 juillet 1818, M. Duranton (IV, 554) et M. Zachariæ (II, p. 14, note 13), décident le contraire et tiennent pour la validité de la vente. Voyons par quels moyens on cherche à échapper, dans ce système, à la déduction logique que nous venons de présenter.

« La vente, dit-on, aurait été nulle dans les principes de l'ancienne jurisprudence; mais ces principes ont reçu une modification qui la rend valable aujourd'hui. En effet, le bail consenti par un usufruitier n'avait de valeur autrefois que pendant la durée de l'usufruit, tandis qu'aujourd'hui il continue de valoir après que cet usufruit est éteint, d'après l'art. 595. Or, si l'usufruitier peut ainsi donner à ferme, même pour après sa mort, et consentir dès lors valablement un droit sur des fruits qui ne naîtront que longtemps après la cessation de son usufruit, il peut donc aussi, et par raison sinon plus forte au moins égale, vendre des fruits déjà échus. La vente des fruits à percevoir sur un fonds est l'équivalent exact d'une location de ce fonds, et doit lui être assimilée; d'autant mieux que, dans certains cas, notamment pour les coupes de bois, c'est par des ventes, et non par un louage, que l'on tire

parti des récoltes. Décider le contraire, ce serait entraver la jouissance et l'administration de l'usufruitier, que la loi, au contraire, comme le prouve l'art. 595, a voulu favoriser. » (1)

S'il s'agissait de faire la loi, rien assurément n'empêcherait de la faire ainsi ; mais il s'agit de l'expliquer, et telle n'est pas sa théorie. Le changement que le Code a apporté aux anciens principes en ce qui touche le bail ne peut exercer aucune influence sur la décision ; il n'a même aucun rôle à jouer dans la question. En effet, en changeant les anciens principes pour permettre le maintien du bail après la cessation de l'usufruit, le Code les a changés simultanément quant à l'acquisition des fruits, en déclarant positivement, dans l'art. 586, que, dans le cas de fonds affermés, il ne verrait plus de fruits naturels s'acquérant par la perception seulement, comme dans notre ancien droit, mais bien des fruits civils s'acquérant jour par jour et avant toute perception. Comprenons bien ceci : quand les fruits à acquérir par l'usufruitier sont des fruits civils, c'est l'art. 586 qui s'applique, et la règle de notre art. 585 n'a plus rien à faire ; eh bien ! le bail d'un fonds transforme aujourd'hui les fruits naturels en fruits civils, qui sont les loyers, et rend ainsi notre règle inapplicable à ce fonds. Or, il est évident, et nos adversaires reconnaissent bien, que la vente des fruits sur pied n'empêche pas ces fruits de rester fruits naturels : « Le prix de cette vente, disent positivement M. Duranton et M. Zachariæ, n'est pas un fruit civil comme le prix du bail (*loc. cit.*). » Mais, puisque le Code n'a pas changé ce point, et que ce sont toujours là des fruits naturels, ces fruits suivent donc la règle de notre article. Or, cette règle est que les fruits ne s'acquièrent que par la perception réalisée, et que dès lors

---

(1) Nous omettons deux idées que l'on présente encore à l'appui de cette doctrine, et nous le faisons à dessein, parce qu'elles sont d'une fausseté palpable et nuisent au système plutôt que de le servir. On dit qu'en vendant ainsi des fruits déjà échus, mais non encore perçus, c'est de sa propre chose que dispose l'usufruitier ; mais c'est là une hérésie évidente et une flagrante contradiction, puisqu'on avoue que l'usufruitier ne fait les fruits siens que par la perception. — On ajoute que l'art. 595 donne positivement à l'usufruitier le *droit de vente ;* que cet usufruitier peut à son choix louer, vendre, échanger ou céder de toute autre manière, et que l'acte aura la même valeur dans tous les cas. Mais c'est prendre le change que de présenter de pareilles idées, et l'art. 595 ne dit rien de semblable. Cet art. 595 nous dit deux choses bien distinctes : 1° l'usufruitier peut à son choix ou exploiter lui-même ou faire exploiter par un locataire, et, dans ce dernier cas, le bail pourra durer encore après sa mort ; 2° il peut aliéner son droit d'usufruit soit à titre onéreux, soit à titre gratuit. Ainsi, ce qu'il peut *vendre,* échanger ou donner, c'est son *droit* même d'usufruit ; il le cède alors à un tiers qui l'exercera comme il l'aurait exercé lui-même, c'est-à-dire en exploitant ou en faisant exploiter par un locataire. Ainsi l'usufruitier peut vendre, quoi ?... son usufruit ; et cette vente, bien entendu, n'aura d'effet que jusqu'à sa mort, puisque c'est par sa mort que disparaîtra l'objet vendu, savoir, l'usufruit.

Donc, soit l'usufruitier, soit le remplaçant à qui il a cédé son droit, ne peut restreindre le droit du propriétaire et créer des obligations exécutables après la cessation de l'usufruit que dans le seul cas de bail : le bail est le seul contrat que l'usufruitier puisse faire exécuter encore après sa mort.

Ces deux idées, 1° que les fruits échus, mais non perçus, sont déjà la chose de l'usufruitier, 2° que cet usufruitier pourrait faire une vente quelconque qui eût effet après sa mort (idées développées dans l'arrêt de cassation du 21 juillet), sont d'une fausseté tellement évidente qu'on ne doit pas même s'en préoccuper.

tous ceux qui se trouvent encore sur pied quand finit l'usufruit *appartiennent au propriétaire*. L'argument que nous avons présenté plus haut reste donc avec toute sa force.

479. Au reste, tout en acceptant la doctrine que nous réfutons ici, l'arrêt du 21 juillet et les auteurs cités n'osent pas en tirer les conséquences. Forcés de reconnaître que, malgré la prétendue validité de la vente, on a toujours dans ce cas des fruits naturels, ils disent que, le prix de la vente n'étant que la représentation de ces fruits naturels, et non pas un fruit civil, il ne sera acquis à l'usufruitier qu'en proportion des récoltes faites. Ainsi donc, si aucune partie des fruits n'était recueillie lors de la cessation de l'usufruit, c'est au propriétaire qu'appartiendrait le prix entier; que si la récolte était faite en partie, l'ex-usufruitier (ou son héritier) et le propriétaire auraient droit chacun à une partie du prix, l'un en proportion de ce qui serait recueilli, et l'autre pour tout le reste. C'est-à-dire qu'ils appliquent au prix de la vente ce que nous appliquons aux fruits vendus.

Or, c'est là une contradiction, puisque cette décision ne peut se fonder que sur ce que les fruits ainsi vendus restent fruits naturels, et que si ce sont des fruits naturels, l'usufruitier n'en devient propriétaire que par leur séparation du sol, et ne peut dès lors les vendre que sous la condition de cette séparation.

Nous tenons donc pour certain, comme Proudhon (II, n° 999), comme les Tribunaux d'Orléans et de Cambrai, et comme les Cours d'Orléans et de Douai (10 août 1815 et 9 avril 1816), qu'une vente de fruits sur pied, faite par un usufruitier, reste non avenue pour tous ceux de ces fruits qui ne sont pas encore séparés du fonds quand l'usufruit vient à cesser (1). Dans ce système, le seul logique, ce nous semble, le propriétaire a le droit, à la fin de l'usufruit, non pas seulement de réclamer le prix de ce qui n'est pas séparé du sol, mais d'empêcher la séparation et de prendre lui-même les fruits en nature.

586. — Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour, et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit. Cette règle s'applique aux prix des baux à ferme, comme aux loyers des maisons et aux autres fruits civils.

SOMMAIRE.

1. Les fruits civils s'acquièrent au jour le jour pour toute la durée de l'usufruit, si longue et si courte que soit cette durée.

---

(1) A la date susindiquée du 21 juillet 1818, la question s'est présentée deux fois à la Cour suprême, à la censure de laquelle étaient déférés en même temps l'arrêt d'Orléans de 1815 et celui de Douai de 1816. L'arrêt de Douai, confirmatif du jugement de Cambrai, a été maintenu, parce que l'acte constitutif de l'usufruit avait été passé avant le Code; celui d'Orléans, également confirmatif du jugement du Tribunal de la même ville, a été cassé par la raison, réfutée au texte, que les principes nouveaux du Code demandaient une décision différente. Ainsi, sur six décisions judiciaires intervenues dans ces deux affaires, cinq ont consacré notre doctrine, et la sixième ne s'en est écartée qu'en s'appuyant sur un prétendu changement qui n'a jamais eu lieu.

II. La règle s'applique aujourd'hui aux loyers des biens ruraux.
III. *Quid* quand il y a pendant l'usufruit transformation de fruits civils en fruits naturels, ou réciproquement ?

I. — 480. Les fruits civils s'acquièrent pour l'usufruitier au jour le jour, avant que la perception en soit réalisée, avant même que le terme de leur payement soit échu. Ainsi, quand j'ai l'usufruit d'une somme de 24 000 fr. placée à intérêt de 5 pour 100, ou d'une rente de 1 200 fr., ou d'une maison louée moyennant ce prix de 1 200 fr., si mon usufruit commencé le 5 janvier, quelques jours après qu'un terme avait été payé, finit le 20 mars, quelques jours avant l'échéance du terme suivant, mon usufruit ayant duré deux mois et demi, j'aurai droit à deux douzièmes et demi des fruits de l'année, c'est-à-dire à 250 fr., quoique aucune partie des fruits (c'est-à-dire des intérêts, des arrérages ou des loyers) n'ait été reçue pendant ma jouissance. Si l'usufruitier d'une rente de 365 fr. mourait après quarante-huit heures depuis l'ouverture de son usufruit, son héritier aurait droit à 2 fr. sur le premier terme qui écherra de cette rente.

Les fruits civils s'acquérant pour l'usufruitier au jour le jour et en proportion de la durée de l'usufruit, la règle devra donc s'appliquer de telle sorte que l'usufruitier, si courte ou si longue que soit la jouissance, garde une somme des fruits proportionnée au temps intégral qu'aura duré cette jouissance. Il suit de là que le règlement des droits réciproques de cet usufruitier et du propriétaire pour la dernière année de l'usufruit, ou pour la fraction quelconque de cette dernière année, sera différent selon que le calcul se sera fait d'une manière différente pour la première année. Soit un usufruit dont les fruits, quelle que soit leur source, s'élèvent chaque année à une somme de 1 200 fr. payable en une seule fois, à la Saint-Michel (fin septembre); si l'usufruitier, entré en jouissance le 1er juillet 1840, a gardé en entier le premier payement de 1 200 fr. effectué trois mois plus tard, il est bien clair qu'il est payé jusqu'au 1er juillet 1841, et ainsi de suite d'année en année; en sorte que, si son usufruit s'éteint au 1er juillet d'une année, quelle qu'elle soit, son héritier n'aura rien à rendre sur le payement précédent, ni rien à réclamer sur le payement suivant. Si, au contraire, lors du premier payement, le propriétaire en a exigé la moitié pour les six mois de l'année écoulée avant l'ouverture de l'usufruit, ce propriétaire devra réciproquement la moitié du payement qui suivra l'extinction de l'usufruit. Si l'usufruit cessait à toute autre époque que le 1er juillet, on ferait un calcul et une proportion analogues pour les mois et jours dépassant le nombre quelconque d'années révolues, de sorte qu'il entrât toujours dans le patrimoine de l'usufruitier autant de fois 1 200 fr. qu'il y a eu d'années, autant de fois 100 fr. qu'il y a eu de mois en sus, et autant de fois 3 fr. 29 c. qu'il y aurait de jours (1).

II. — 481. A Rome et dans notre ancienne jurisprudence, les loyers

(1) *Voy.* Paris, 22 juin 1865 (Dev., 65, II, 329).

des baux à ferme, quoiqu'on les appelât aussi fruits civils (Pothier, *Du Douaire,* 203), n'étaient cependant pas considérés vraiment comme tels : le mot était là, mais la chose n'y était pas; car on les regardait toujours comme la représentation des fruits naturels du fonds, et ils ne s'acquéraient que par la perception réalisée de ces fruits naturels. Ainsi, par exemple, si l'usufruit d'une ferme donnée à bail moyennant 1 200 fr. par an avait commencé le 15 septembre après une récolte faite, et fini le 15 juillet suivant avant la nouvelle récolte, l'usufruitier, malgré ses dix mois d'usufruit, n'aurait rien eu à prétendre sur le prix du loyer, et si ce loyer avait été payable en deux termes dont l'un aurait été déjà reçu par lui, il lui aurait fallu le restituer au propriétaire; — que si, au contraire, l'usufruit n'avait duré que deux mois, mais que la récolte entière eût été faite pendant ces deux mois, l'usufruitier aurait eu droit aux 1 200 fr. de fermage; — que si, enfin, l'usufruitier était mort (ou que l'usufruit eût cessé autrement) pendant que la récolte se faisait et après qu'un tiers des fruits étaient séparés du sol, le tiers des fermages, c'est-à-dire 400 fr., aurait appartenu à l'usufruitier ou à ses héritiers, et le reste au propriétaire (*ibid.,* 204).

En un mot, on ne considérait ni la durée qu'avait eue l'usufruit, ni, bien entendu, les époques d'échéance des fermages, et le droit de l'usufruitier au loyer était calculé absolument sur la récolte ou partie de récolte réalisée pendant sa jouissance.

Aujourd'hui, il en est autrement; les loyers de biens ruraux sont mis dans la classe des fruits civils, et par conséquent ils s'acquièrent jour par jour comme les loyers de maisons, les intérêts de capitaux et les arrérages de rentes. Ainsi, lorsqu'une ferme est louée 1 200 fr., l'usufruitier dont la jouissance a duré dix mois aura toujours 1 000 fr., et celui dont l'usufruit a duré seulement deux mois aura toujours 200 fr., ni plus ni moins, soit qu'une récolte ait ou non été faite, en tout ou partie, pendant ces dix mois ou ces deux mois.

III. — 482. Les biens ruraux donnant, sous le Code, tantôt des fruits naturels (quand ils sont exploités par celui-là même qui a le droit d'en jouir ou par un colon partiaire), et tantôt des fruits civils (quand ils le sont par un fermier payant des loyers en argent), il s'ensuit que l'usufruitier d'un tel bien peut recueillir successivement d'abord des fruits naturels, et plus tard des fruits civils, ou réciproquement. Ainsi, l'usufruit peut commencer aujourd'hui pour un bien qu'exploitait le propriétaire ou un colon partiaire, mais pour lequel un bail à ferme déjà signé et enregistré doit commencer dans un an; réciproquement, il se peut qu'il n'y ait plus qu'une année à courir d'un bail à ferme que le propriétaire ne voulait pas continuer. D'ailleurs, l'usufruitier lui-même peut, dans le cours de l'usufruit, donner à bail le bien qu'il avait d'abord exploité, ou se mettre à exploiter lui-même le bien qui était d'abord affermé. — Or, quels seraient les droits de l'usufruitier s'il y avait ainsi, soit par son fait, soit sans sa volonté, transformation de fruits naturels en fruits civils, ou réciproquement?...

Il ne peut y avoir là aucune difficulté : la raison dit qu'il faut appli-

quer distributivement chacune des deux règles portées, la première par l'art. 585 pour l'acquisition des fruits naturels, la seconde par notre article pour l'acquisition des fruits civils.

Ainsi, le legs à moi fait de l'usufruit d'une terre de labour que le propriétaire cultivait lui-même s'ouvre le 15 juillet, quelques jours avant la récolte; cette terre, en vertu d'un bail qu'avait fait ce propriétaire, ou que je fais moi-même, peu importe, est prise à ferme à la fin du mois de septembre suivant, sous la condition d'un loyer de 600 francs; puis je meurs dès les premiers jours de janvier : rien n'est plus simple que de régler ce cas... Depuis le 15 juillet jusqu'à la fin de septembre, la terre n'étant pas affermée, il y avait lieu à des fruits naturels, et mon droit était régi dès lors par l'art. 585, qui déclare que ces fruits s'acquièrent par la perception: or, c'est moi qui, du 20 juillet au 10 août, ai fait toute la récolte; donc toute cette récolte m'appartient. Au contraire, à partir de la fin de septembre, il s'est agi de fruits civils, lesquels, d'après notre article, s'acquièrent au jour le jour; donc j'ai droit (mon héritier pour moi), pour les trois mois d'octobre, novembre et décembre, au quart du loyer d'une année, c'est-à-dire à 150 francs sur le premier terme qui sera payé par le fermier. Ainsi, j'aurai la valeur de cinq quarts de récolte pour une jouissance de moins d'une demi-année! Que si, maintenant, je vois s'ouvrir au 1er septembre, quelques jours après la récolte faite, l'usufruit d'une terre qui n'est pas actuellement affermée, mais qu'un fermier doit prendre au 1er juillet suivant, et que je meure le 1er septembre, après une année d'usufruit, ma succession n'aura pour toute cette année qu'un sixième des fruits, 100 francs sur 600, quoiqu'une récolte entière ait été faite pendant mon usufruit. En effet, depuis le 1er septembre jusqu'au 1er juillet de l'année suivante, la terre n'étant pas affermée, je ne pouvais acquérir d'autres fruits que ceux que j'aurais recueillis réellement: or, il n'y en avait pas à recueillir; ensuite, depuis le 1er juillet jusqu'au 1er septembre suivant, il est vrai qu'il s'est fait une récolte entière; mais la terre étant alors affermée, je n'ai eu droit qu'à des fruits civils, lesquels m'ont été acquis pour ces deux mois à raison d'un douzième ou 50 francs par mois.

483. Cette liberté laissée à l'usufruitier par l'art. 595 d'exploiter par lui-même ou de donner à ferme, et la faculté qu'il a de transformer par ce moyen des fruits civils en fruits naturels ou réciproquement, peuvent quelquefois nuire au propriétaire; mais les chances de gain que pourrait ainsi se donner l'usufruitier sont toujours compensées par des chances de perte qui viennent égaliser les positions respectives. Par exemple, si, dans le cas d'un usufruit à terme, et pour lequel, par conséquent, on connaît d'avance le moment de l'extinction, l'usufruitier évitait de louer le fonds pour la dernière année, dans le dessein de recueillir dans le quatrième ou le cinquième mois la totalité d'une récolte dont il n'aurait eu que moitié ou toute autre fraction dans le cas de louage, il est bien vrai que ce plan pourra réussir; mais il se pourrait, au contraire, que l'usufruitier vînt à mourir peu de jours avant la

récolte, et que dès lors sa succession n'eût rien des fruits de cette dernière année, malgré les trois ou quatre mois pendant lesquels a encore duré sa jouissance, et qui lui auraient donné, dans le cas de louage, le quart ou le tiers des fermages de l'année.

587. — Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit.

I. — 484. Cet article se trouve presque entièrement expliqué par les développements donnés sous l'art. 581. — Nous avons vu là que les choses de consommation ne sont pas susceptibles d'un véritable usufruit, et qu'on le remplace pour elles par un quasi-usufruit dans lequel le quasi-usufruitier acquiert la propriété même des choses, à la charge de rendre soit leur estimation, soit des choses pareilles, au moment où aurait fini un véritable usufruit. Or, c'est là ce que dit notre article en accordant à l'usufruitier (improprement dit) le droit *de se servir* des choses dont on ne peut user qu'en les consommant. Il est clair, en effet, que quand il s'agit de semblables choses, le droit de s'en servir, c'est le droit de les consommer, d'en disposer, c'est le droit même de propriété : accorder le droit de se servir, l'*usus* sur des choses *quæ ipso usu consumuntur..., quarum usus abusus est...,* c'est en donner le *dominium*. Notre article reconnaît donc que le prétendu usufruitier est alors un vrai propriétaire.

Nous avons vu qu'il en serait de même pour les choses qui, sans se consommer par leur usage naturel, devraient se consommer par l'usage auquel les destine l'intention des parties; par exemple, les marchandises d'un fonds de commerce. Il faut donc entendre ainsi les premiers mots de notre article : « Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut, sans les consommer, faire l'*usage voulu par le constituant.* »

II. — 485. On dispute pour savoir quelle est l'estimation dont parle notre article. Plusieurs enseignent, notamment M. Zachariæ et ses annotateurs (t. II, p. 6), qu'il s'agit d'une estimation à faire lors de la fin de l'usufruit; en sorte que le sens de l'article serait que le quasi-usufruitier peut, absolument et dans tous les cas, se libérer en restituant à son choix ou des choses semblables ou le prix de ces choses. Nous ne croyons pas que telle soit la signification de l'article : ce n'est pas à son choix que le quasi-usufruitier peut rendre ou des choses en nature ou le prix d'une estimation; il doit tantôt l'un, tantôt l'autre, selon qu'au commencement de l'usufruit les choses ont été livrées avec ou sans estimation. Ainsi, quand il y aura eu inventaire et prisée des objets, ce qui aura lieu presque toujours, c'est le montant de cette prisée que le quasi-usufruitier devra rendre, et il ne serait pas libre d'offrir, à sa place, des choses semblables à celles qu'il a reçues. Tels

étaient les principes et du droit romain (*Inst.*, I, 2, t. 4, § 2), et de notre ancien droit français (Pothier, *Donat. entre mari et femme*, n° 213); et rien ne donne lieu de croire que le législateur ait entendu les changer. Que s'il n'y a pas eu d'estimation, le quasi-usufruitier devra rendre des choses de même espèce, en mêmes quantité et qualité.

Nous disons en mêmes *quantité et qualité*, car notre article présente encore un vice de rédaction quand il dit : « de pareilles quantité, qualité et *valeur*. » Un hectolitre de vin d'une espèce et d'une qualité identiques à celles de l'hectolitre que j'ai reçu il y a dix ans peut valoir aujourd'hui 40 francs de moins ou 40 francs de plus qu'alors. Il m'est donc impossible de vous rendre le vin avec la même valeur, si je vous le rends en mêmes quantité et qualité, et réciproquement. Le Code a sans doute mis *valeur* pour bonté, ce qui fait pléonasme avec qualité. En définitive, il faut effacer ce mot *valeur* (1).

588. — L'usufruit d'une rente viagère donne aussi à l'usufruitier, pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution.

I. — 486. Dans la rente viagère, le rentier, en recevant chaque année les arrérages de sa rente, reçoit en quelque sorte une fraction du capital; il mange peu à peu son fonds en même temps que le revenu : quand je vous abandonne un capital de 12000 francs pour lequel vous devrez me fournir une rente viagère de 1 000 francs par an, tandis que placé en perpétuel il ne m'aurait donné que 600 francs, on peut dire que les 400 francs que je reçois chaque année en sus du taux ordinaire de l'argent sont une partie du capital, du fonds lui-même. Cette circonstance avait fait naître, dans l'ancien droit, de graves difficultés sur la détermination des droits de l'usufruitier d'une rente viagère, et trois systèmes s'étaient produits à cet égard.

Les uns (2) considéraient cette rente comme un bien corporel, un capital, se composant de la réunion des divers arrérages à recevoir, et voulaient en conséquence que l'usufruitier n'eût droit qu'aux intérêts desdits arrérages, et restituât ces arrérages à la fin de l'usufruit. — D'autres, notamment Renusson, sans aller aussi loin, voulaient qu'on regardât chaque annuité comme un mélange d'arrérages et d'une portion de capital; que lors de l'établissement de l'usufruit de la rente on estimât la somme que cet usufruit pouvait valoir, et que le nu propriétaire, en gardant les arrérages de la rente, payât chaque année à l'usufruitier les intérêts de la somme fixée. — Enfin Pothier (*Douaire*, n° 25) rejetait ces deux systèmes comme méconnaissant la nature de

(1) L'usufruitier d'un bail à ferme recueille tous les fruits de la ferme et profite de tous les avantages du bail, sans avoir à en rendre compte à la cessation de l'usufruit. L'art. 587 n'est pas applicable dans ce cas. Montpellier, 13 mars 1856; Cass., 19 janv. 1857 (Dev., 57, II, 695; 59, I, 421; Dall., 57, II, 160; 59, I, 279). *Contrà :* Demolombe (X, n° 330).

(2) Voir la dissertation de Serieux à la suite du traité de Renusson et les jugements du Châtelet qui s'y trouvent cités.

la rente, et posait en principe que l'usufruit d'une telle rente est un usufruit véritable et ordinaire; mais il tenait ce principe pour inapplicable au cas où ce serait précisément par la mort de l'usufruitier que la rente devrait s'éteindre, et résolvait ainsi la question par une distinction. Quand la rente se trouvait établie sur la tête du nu propriétaire ou de toute personne autre que l'usufruitier, comme alors il était possible que cette rente durât plus longtemps que l'usufruit et que cette simple possibilité suffisait pour mettre une démarcation entre le droit d'usufruit et le droit de propriété, Pothier donnait à l'usufruit ses effets ordinaires; mais quand c'était précisément avec la vie de l'usufruitier, et par conséquent avec l'usufruit, que devait s'éteindre la rente, comme alors l'usufruit était en fait l'équivalent de la propriété même, Pothier, identifiant le droit au fait, voulait qu'on regardât la rente comme une chose de consommation, susceptible seulement dès lors d'un quasi-usufruit, et dont l'usufruitier, par conséquent, ne pourrait jouir qu'à la charge d'une estimation dont il rendrait le montant à la fin de sa jouissance (*Douaire,* n° 25; *Donat. entre mari et femme,* n° 219).

II. — 487. Aucun de ces trois systèmes n'a été adopté par le Code; et celui de Pothier lui-même a paru aux rédacteurs s'écarter des principes juridiques dans la distinction qu'il proposait.

Et, en effet, il n'est pas exact d'admettre, comme le faisait Pothier, que la circonstance que la rente s'éteindra par la mort de l'usufruitier doive changer les effets légaux de l'usufruit et le transformer en un simple quasi-usufruit. D'abord, il n'est pas vrai que la rente devienne alors une chose de consommation. Les choses de consommation sont uniquement celles qui s'anéantissent par le premier usage, *primo usu,* et qui ne sont pas susceptibles d'un usage successif et réitéré; or la rente viagère ne se consommera jamais que par cet usage successif et réitéré, en sorte qu'au lieu de rentrer dans la classe des choses faisant l'objet de l'art. 587, elle présente plutôt de l'analogie avec les linges, vêtements et meubles meublants dont parle l'art. 589. Sans doute, quand elle n'est établie que pour la vie de celui qui précisément en devient l'usufruitier, cette circonstance donne à l'avance la certitude que le droit du propriétaire sera complétement absorbé par celui de l'usufruitier; mais cette circonstance n'est qu'un accident particulier qui, ne changeant pas la nature de la rente, ne doit pas changer le principe qui la régit: c'est un pur fait qui ne doit pas dominer la règle de droit; et de même qu'un usufruit de vêtements restera toujours, en droit, un usufruit ordinaire, alors même que d'après les circonstances il sera certain d'avance, en fait, que la jouissance absorbera la chose, de même l'usufruit de la rente viagère, par cela seul que cette rente n'est point chose de consommation, sera toujours un véritable usufruit. Autrement il eût fallu, dans le cas même d'une rente établie pour la vie d'une personne autre que l'usufruitier, attendre, pour déterminer le droit de cet usufruitier, l'accomplissement des faits ultérieurs, dire que ce droit est un usufruit s'il s'éteint avant la rente, qu'il n'est qu'un quasi-usufruit si la rente s'éteint avant lui.

Le Code a compris ces idées. Il a vu que, si la rente viagère, dans certains cas, approche plus que toute autre espèce de bien des choses de consommation, elle n'en fait cependant jamais partie. Après avoir parlé, dans l'art. 587, des choses se consommant par le premier usage, et avant de parler, dans l'art. 589, de celles qui ne se consomment que par un usage successif, il place la rente viagère sur une ligne intermédiaire dans notre art. 588; mais ce n'est pas pour l'assimiler aux premières; car, après avoir dit dans l'art. 587 que l'usufruitier ne jouira des choses de consommation qu'à la charge d'en restituer l'estimation, il a soin de dire ici, absolument et sans distinction, qu'il jouira de la rente viagère, *sans être tenu à aucune restitution.*

Le système de Pothier est donc écarté aussi bien que les deux autres, et la rente viagère est aujourd'hui un bien complétement incorporel, dont les arrérages sont pour la totalité, et en toute circonstance, de simples fruits. Nous aurons à déduire ailleurs les conséquences de ce principe (1).

589. — Si l'usufruit comprend des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, l'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées, et n'est obligé de les rendre, à la fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute.

488. Ici, à la différence de ce qui a lieu dans le cas de l'art. 587, c'est un véritable usufruit qui s'établit; le droit de jouissance appartient à l'un, et la nue propriété reste à l'autre. L'usufruitier a donc le droit d'user des choses, et pourvu qu'il en ait fait un usage raisonnable et conforme à la volonté du constituant, il ne sera nullement responsable soit de l'état de dépréciation dans lequel elles se trouvent à la fin de l'usufruit, soit même de l'anéantissement total qui serait résulté de leur vétusté. Mais s'il a fait de ces choses un usage excessif; par exemple, s'il s'est avisé de donner à lire à loyer des livres d'une bibliothèque qui ne lui était léguée que pour son usage particulier (2), ou bien si, tout en usant par lui-même, il a détérioré les choses beaucoup plus qu'il n'aurait dû le faire, faute de soin, il doit indemniser le propriétaire du préjudice qu'il lui cause ainsi par sa faute. Que s'il ne peut représenter en nature tous les objets, il n'est tenu d'aucune indemnité pour ceux qu'il prouve avoir péri, soit de vétusté, soit par des accidents de force majeure qu'il n'a pu prévenir; mais il doit le prix de tous ceux pour lesquels il ne fait pas cette preuve. — Cette solution, que ne présente pas le texte de notre article, ressort assez, soit des principes gé-

(1) Voir, sur cette matière, l'article que nous avons publié dans la *Revue critique de jurisprudence*, t. I, p. 444.

(2) S'il s'agissait de choses que le propriétaire destinait à être louées, comme les livres d'un cabinet de lecture, il est clair que l'usufruitier aurait le droit de les louer.

néraux du droit, soit de la disposition des art. 453 et 950, soit enfin de ce qui s'est passé au conseil d'État lors de la discussion de notre article. En effet, dans la rédaction primitive de cet article, un deuxième alinéa déclarait que « si quelqu'une des choses se trouvait entièrement consommée par l'usage, l'usufruitier serait dispensé de la représenter. » Or, cet alinéa fut retranché, non pas parce qu'on entendit imposer à l'usufruitier l'obligation de payer les choses détruites sans sa faute, mais seulement sur cette observation qu'il « était difficile que les choses fussent tellement consommées qu'il n'en restât absolument rien. » (Fenet, III, p. 169 et 178.) Si donc il se trouvait qu'il ne restât absolument rien, ce serait bien à l'usufruitier de prouver que la chose a péri sans sa faute; mais au moyen de cette preuve il serait libéré (article 1302).

590. — Si l'usufruit comprend des bois taillis, l'usufruitier est tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires; sans indemnité toutefois en faveur de l'usufruitier ou de ses héritiers, pour les coupes ordinaires, soit de taillis, soit de baliveaux, soit de futaie, qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance.

Les arbres qu'on peut tirer d'une pépinière sans la dégrader, ne font aussi partie de l'usufruit qu'à la charge par l'usufruitier de se conformer aux usages des lieux pour le remplacement.

489. Cet article se trouve expliqué par les développements donnés sous l'art. 585, nos II et III. — On appelle *baliveaux,* les jeunes arbres réservés lors des coupes du taillis; à mesure que ces arbres réservés vieillissent, ils prennent successivement les noms de *modernes, jeunes futaies, hautes futaies* et *vieilles écorces* (1).

591. — L'usufruitier profite encore, toujours en se conformant aux époques et à l'usage des anciens propriétaires, des parties de bois de haute futaie qui ont été mises en coupes réglées, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine.

490. La disposition de cet article nous est déjà connue. Nous avons dit antérieurement que la loi ne considère pas comme fruits les arbres des futaies non mises en coupes par les propriétaires, parce que ces arbres forment comme un bien mis en réserve : ils sont dans la main de l'usufruitier ce que serait un capital que le propriétaire se serait

(1) *Voy.* Orléans, 14 juill. 1849 (Dev., 49, II, 591; *J. Pal.,* 49, II, 81); *Dict. not.* (v° Usufruit, nos 178 et suiv.).

amassé en économisant ses revenus. L'usufruitier ne pourrait prendre que les intérêts de ce capital; il ne pourra prendre également que les produits de ces arbres, comme va le dire l'art. 593.

Quant aux futaies mises en coupes réglées, il est clair que tous les arbres dont elles se composent constituent des fruits que l'usufruitier peut recueillir, pourvu qu'il suive l'usage des propriétaires jouissant avant lui, ou, à défaut d'usage régulier établi par eux, l'usage des propriétaires jouissant de semblables futaies dans la contrée (1).

592. — Dans tous les autres cas, l'usufruitier ne peut toucher aux arbres de haute futaie : il peut seulement employer, pour faire les réparations dont il est tenu, les arbres arrachés ou brisés par accident; il peut même, pour cet objet, en faire abattre s'il est nécessaire, mais à la charge d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire.

593. — Il peut prendre, dans les bois, des échalas pour les vignes; il peut aussi prendre, sur les arbres, des produits annuels ou périodiques; le tout suivant l'usage du pays ou la coutume des propriétaires.

491. Dans les futaies non aménagées, l'usufruitier n'a droit à aucun arbre, pas même à ceux qui se trouvent arrachés ou brisés, ou qui meurent sur pied; tous appartiennent au propriétaire, et lui appartiennent en entier, tellement que l'usufruitier n'a pas même le droit de les élaguer à son profit : l'usufruitier, dit l'art. 592, ne peut pas y toucher (2). Mais comme il serait trop dur pour l'usufruitier d'aller acheter de ses deniers des échalas, ou des bois de construction pour les réparations à faire, alors que le fonds peut si bien fournir à son propre entretien, la loi l'autorise, en dehors des principes rigoureux, à prendre ses échalas dans les bois, et à employer, pour les réparations reconnues nécessaires, soit des arbres arrachés ou brisés, soit même, à leur défaut, des arbres qu'il fera couper exprès.

492. Quant au droit que lui reconnaît l'art. 593 de prendre les glands, les faînes, des têtes de saules ou d'aulnes, et tous autres produits des arbres de futaie et de ceux qui ne sont ni taillis ni futaie, ce n'est plus là une faveur; c'est la stricte application des principes, puisque ce sont là des fruits.

594. — Les arbres fruitiers qui meurent, ceux même qui sont arrachés ou brisés par accident, appartiennent à l'usufruitier, à la charge de les remplacer par d'autres.

493. Les arbres fruitiers sont destinés, non pas à procurer du bois comme les arbres de futaie, mais seulement à donner des fruits; il était

(1) *Voy.* Riom, 19 juill. 1862 (Dev., 63, II, 29; *J. Pal.*, 62, 975); *Dict. not.* (v° Usufruit, n°s 197 et suiv.).
(2) *Voy.* Toulouse, 31 juill. 1858 (Dev., 59, II, 689; *J. Pal.*, 60, 1008).

donc assez naturel que la loi, quand ils meurent, les attribuât pour le tout à l'usufruitier, pour lequel la valeur de l'arbre diminuera d'autant la perte de fruits que la mort de cet arbre va lui causer.

595. — L'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à ferme à un autre, ou même vendre ou céder son droit à titre gratuit. S'il donne à ferme, il doit se conformer, pour les époques où les baux doivent être renouvelés, et pour leur durée, aux règles établies pour le mari à l'égard des biens de la femme, au titre *Du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux.*

SOMMAIRE.

I. En principe, un usufruitier ne pourrait louer que pour le temps de son usufruit. Le Code déroge à ce principe; pourquoi ? — Cette dérogation et ses analogues complètent la réfutation de la doctrine de M. Troplong sur la nature du droit du bailliste.

II. Le bail consenti par l'usufruitier, à la différence de celui que fait un tuteur, reçoit en entier l'application des art. 1429 et 1430.

III. L'usufruitier peut consentir des baux *à loyer*, soit pour les maisons, soit pour des meubles, aussi bien que le bail *à ferme* des fonds ruraux.

IV. L'usufruitier peut également aliéner, non pas seulement l'exercice de son usufruit, mais cet usufruit lui-même. Puisqu'il y a alors cession de *son droit*, il n'y a donc pas création d'un droit nouveau. Conséquence.

I. — 494. Rigoureusement, et d'après les principes du droit commun, un usufruitier ne pourrait louer les immeubles, soit urbains, soit ruraux, soumis à son usufruit, que pour le temps que cet usufruit doit durer ; et l'extinction de son droit devrait emporter l'extinction du bail par lui consenti, d'après cette maxime, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. C'est là ce qui avait lieu dans notre ancien droit (Pothier, *Douaire,* n° 270 ; *Louage,* n°s 312 et 315). Seulement, le locataire pouvait exiger, et réciproquement on pouvait le forcer, de rester en jouissance jusqu'à la fin de l'année courante (*ibid.*).

Notre Code, pensant avec beaucoup de raison qu'il est dans l'intérêt du propriétaire comme dans l'intérêt de l'usufruitier, qu'il est même dans l'intérêt général que les biens, surtout les biens ruraux, soient toujours maintenus en bon état, améliorés autant que possible et occupés dès lors par de bons locataires (ce qui ne saurait avoir lieu avec des baux de courte durée, ou dont l'extinction serait possible à chaque instant), notre Code a permis à l'usufruitier de consentir des baux d'après les règles tracées à l'époux marié en communauté, pour les biens de sa femme. En conséquence, l'usufruitier peut, d'après les art. 1429 et 1430, faire des baux de neuf ans, et il peut les faire trois ans d'avance pour les biens ruraux, et deux ans pour les maisons (1); d'où il suit qu'un propriétaire peut, si l'usufruitier mourait immédiatement

(1) La nullité des baux consentis par l'usufruitier, en violation des règles relatives soit à la durée, soit à l'époque du renouvellement, n'est que relative : elle ne peut être opposée que par le nu propriétaire seul; elle ne peut l'être par l'usufruitier

après avoir passé un bail, se trouver lié pour onze ou douze années après l'extinction de l'usufruit (1).

495. Nous ne devons pas laisser passer sans observation cette conséquence de notre article, car elle est de la plus haute importance ; elle suffirait seule pour faire crouler de fond en comble la théorie de M. Troplong sur la prétendue réalité du droit du locataire d'immeuble. On se rappelle, en effet, que la doctrine du célèbre magistrat repose uniquement sur l'art. 1743, et se résume dans cet argument : « Le preneur, aujourd'hui, contrairement aux anciens principes, peut exercer son droit non pas seulement contre le propriétaire qui lui a loué l'immeuble, mais aussi contre toute personne à laquelle ce propriétaire vient à vendre ou céder autrement cet immeuble. Or, ce droit du locataire contre le propriétaire nouveau ne repose pas sur une obligation de celui-ci, puisque ce propriétaire n'a pas contracté et n'a rien promis. Donc, c'est parce qu'il est droit réel que ce droit se maintient contre ce propriétaire nouveau ; car un droit n'a de valeur contre un tiers qu'autant 1° que ce tiers est personnellement obligé, ou 2° qu'il s'agit d'un droit réel sur le bien qui lui appartient. »

A ceci nous avons répondu (après avoir démontré d'ailleurs et directement que le droit du locataire n'est pas et ne peut pas être un droit réel), nous avons répondu que la mineure du syllogisme était complétement inexacte ; que le nouveau propriétaire était personnellement et spécialement obligé (obligé, lui et non aucun autre, à mettre et maintenir les choses dans l'état voulu pour en jouir) ; qu'en supposant que son obligation ne vînt pas d'un contrat, ce contrat n'étant qu'une des *cinq* causes d'obligations, il était facile d'en trouver la source soit dans la deuxième cause, le *quasi-contrat,* soit dans la cinquième, la *loi* (*voy.* art. 526, V, et 578, II). Or, notre article vient démontrer la vérité de notre théorie, dont il est une application, et jeter le démenti le plus énergique à la doctrine contraire. En effet, toute l'argumentation de M. Troplong est dans cette phrase : « Du moment que le droit du fermier s'exerce contre le propriétaire qui ne l'a pas consenti, c'est un droit réel ; *car il ne peut pas y avoir d'obligation personnelle contre ce propriétaire.* » Toute la base du système, la clef de voûte de l'édifice, est dans cette dernière assertion ; c'est par la prétendue impossibilité d'une obligation personnelle qu'on arrive à la prétendue réalité du droit, car si ce droit rencontre, ou plutôt s'il peut rencontrer une obligation personnelle chez le tiers acquéreur, on n'a plus de raison pour recourir à sa prétendue nature réelle. Est-il possible qu'il y ait une obligation personnelle chez ce propriétaire nouveau qui n'a rien promis, rien con-

---

bailleur, ni par l'adjudicataire sur expropriation forcée de l'usufruit. Douai, 18 mars 1852 (Dev., 52, II, 337 ; Dall., 53, II, 20). *Conf.* Aubry et Rau (II, § 230, p. 436) ; Demolombe (X, n° 356).

(1) Alors même que la vileté du fermage donnerait à ce bail le caractère d'une libéralité envers le preneur, si d'ailleurs le bail est sérieux et a été accepté de bonne foi, la vileté du fermage ne suffit pas pour faire présumer le dol. Poitiers, 29 avr. 1863 (Dev., 63, II, 169 ; *J. Pal.*, 63, 578). *Voy.* aussi Douai, 6 juin 1854 (Dev., 55, II, 74 ; Dall., 55, II, 253).

senti? Voilà toute la question. Or, la disposition de notre article statuant sur un cas analogue, est telle que, quand même le droit du fermier serait droit réel dans tous les sens, un *jus in rem* et un *jus in re,* il faudrait encore reconnaître une obligation personnelle chez un propriétaire qui n'a jamais rien promis, ni rien consenti, soit directement, soit indirectement. Méditons ce qui suit.

Un jeune homme de dix-sept ans devient, après la mort de son père, propriétaire d'une ferme que le défunt exploitait lui-même; la mère de cet enfant, usufruitière légale de la ferme de son fils, et que nous supposons n'être pas tutrice de ce fils, loue immédiatement la ferme pour neuf années. Au bout d'un an, l'enfant, arrivé à la fin de sa dix-huitième année, voit cesser l'usufruit de sa mère et entre en jouissance de son bien; le voilà en face d'un bail qu'il est tenu de respecter pour huit années encore : comment expliquez-vous ceci? ni l'enfant, ni le tuteur de l'enfant n'ont rien promis au fermier; sur quoi donc repose le droit de ce fermier? Me direz-vous qu'il a un droit réel? Je le veux pour un instant, malgré tous les faits qui prouvent le contraire; et j'admets que le bail consenti par l'usufruitier est un véritable *jus in re,* comme l'est son propre droit d'usufruit. Mais ceci ne suffit pas pour expliquer la validité du bail après l'extinction de l'usufruit, car *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis;* en sorte que le droit du fermier, fût-il vraiment droit réel, serait désormais évanoui et ne pourrait plus s'exécuter. Il faut donc chercher ailleurs la cause du maintien de ce bail; or, puisqu'un droit n'a de valeur à l'encontre d'une personne que par l'une de ces deux causes, ou 1° parce qu'il repose sur une obligation personnelle à cette personne, ou 2° parce qu'il est droit réel sur le bien appartenant à cette personne, et que cette dernière cause n'existe pas, il faut bien reconnaître l'existence de la première, et dire que le nu propriétaire est soumis à une obligation personnelle. Et d'où vient cette obligation d'une personne qui n'a rien dit, rien fait pour être obligée?... Eh! mon Dieu, elle vient directement de la *loi,* qui se place elle-même en cinquième ligne parmi les causes des obligations. (On sait en effet que, d'après l'art. 1370, les causes de nos obligations sont 1° le Contrat, 2° le Quasi-contrat, 3° le Délit, 4° le Quasi-délit, et 5° la Loi.)

496. L'art. 1673 nous offre encore un cas analogue, et plus frappant peut-être. Je vous vends ma ferme à réméré; après que vous l'avez achetée et pendant que vous en êtes, non pas seulement usufruitier, mais propriétaire, vous concédez successivement un droit de bail, puis des hypothèques, puis des servitudes de passage, de vue, et autres. Supposons que le bail soit un droit réel ni plus ni moins que les servitudes et les hypothèques; au bout de trois ou quatre ans j'exerce le réméré : qu'arrivera-t-il?

L'art. 1673 répond que d'après le principe *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis,* les droits réels que vous avez consentis suivent le sort de votre droit de propriété; que par conséquent la servitude et l'hypothèque s'évanouissent, mais que le bail *est maintenu!...* Ce n'est

donc pas parce que le droit de bail est un droit réel qu'il demeure valable..... Et si ce n'est pas parce qu'il est réel, c'est donc parce qu'il repose sur l'obligation personnelle de celui qui exerce le réméré. Et d'où vient cette obligation? de la *loi* toujours.

Ainsi la loi, dans un but d'intérêt général et pour la bonne administration des biens, impose dans l'art. 1673, à celui qui exerce un réméré, l'*obligation personnelle* de maintenir le bail qu'il trouve établi; dans l'art. 1429, elle impose à la femme, après la dissolution de la communauté, l'*obligation personnelle* de maintenir le bail consenti par son mari quand la communauté durait; dans notre article, elle impose au propriétaire, à l'extinction de l'usufruit, l'*obligation personnelle* de maintenir le bail consenti par un simple usufruitier : comment donc trouverait-on étrange, comment surtout déclarerait-on impossible que dans l'art. 1743 elle impose à un acquéreur l'*obligation personnelle* de maintenir le bail sur l'immeuble qu'on lui transmet? Ne voit-on pas que le seul cas d'où l'on voudrait exclure cette théorie est l'un de ceux où elle s'explique plus facilement encore?... En effet, le jeune homme dont nous parlions plus haut n'avait rien fait, n'avait accompli aucun acte d'où l'on pût induire son obligation ; au contraire, celui qui achète un immeuble, sachant bien que tout acquéreur est tenu de respecter les baux faits par le vendeur, accomplit là un acte personnel et volontaire qui suffirait pour constituer un consentement tacite. Ainsi, tandis qu'à l'obligation qu'on est forcé de reconnaître chez le premier on ne peut assigner qu'une seule cause, la loi, on peut indiquer comme cause de l'obligation du sous-acquéreur ou la loi, ou le quasi-contrat, ou même un contrat tacite !

Que devient, en face de tout ceci, l'impossibilité d'une obligation personnelle dans le cas de l'art. 1743?... Or, cette prétendue impossibilité est l'unique base du système de M. Troplong.

II. — 497. Au reste, on conçoit que les art. 1429 et 1430 sont ici pleinement applicables, et qu'il n'y a pas lieu de faire pour le cas d'usufruit la restriction que nous avons vue nécessaire en cas de tutelle (art. 460, n° III). Nous avons vu là que le bail consenti par un tuteur pour plus de neuf années, ou par lui renouvelé plus de deux ou trois ans d'avance, pourrait être attaqué *immédiatement* par ce tuteur au nom de son pupille ; tandis que le bail fait par le mari, même pour quinze ans, et cinq ou six ans d'avance, ne peut jamais être critiqué tant que dure la communauté. Or, il est clair que c'est cette dernière règle, et non celle relative au tuteur, qu'il faut appliquer à l'usufruitier. L'usufruitier, en effet, comme le mari, a droit aux fruits, c'est à lui que la jouissance appartient; donc la concession par lui faite de cette jouissance est pleinement valable tant que son droit n'est pas éteint : c'est seulement après l'extinction de l'usufruit qu'un bail peut être critiqué par le propriétaire, comme c'est seulement après la dissolution de la communauté que la femme peut critiquer le bail fait par le mari. A ce moment de l'extinction de l'usufruit ou de la communauté, le bail consenti pour plus de neuf ans, et celui de neuf ans ou même au-dessous

fait trop longtemps d'avance, restent nuls si leur exécution n'a pas encore commencé; que si l'exécution est commencée, le premier reste valable pour neuf ans au plus, le second s'exécute en entier (*voy.* l'explicat. des art. 1429 et 1430).

III. — 498. Quoique notre article ne parle que du bail *à ferme*, ce qui, d'après l'art. 1711, ne doit s'entendre que du louage des biens ruraux, le louage des maisons et des meubles recevant spécialement le nom de *bail à loyer*, cependant il est certain que l'usufruitier peut également donner à loyer, c'est-à-dire louer, soit les maisons, soit les meubles soumis à son usufruit. — En effet, il est d'abord évident qu'il peut louer les maisons; car que signifierait, sans cela, l'usufruit à moi concédé sur trois ou quatre maisons?... Je ne peux pas les occuper toutes; il faudrait donc les laisser fermées! le propriétaire lui-même est grandement intéressé à ce qu'il n'en soit pas ainsi. Il n'y a que l'usufruit restreint, appelé pour les maisons *droit d'habitation,* qui ne comporte pas le droit de louer (art. 634); et c'est tout naturel, puisque l'habitation est précisément un usufruit mesuré sur les besoins personnels de l'usufruitier (art. 633). Si, d'ailleurs, l'usufruitier ordinaire ne pouvait pas louer les maisons, pourquoi l'art. 584 rangerait-il parmi les fruits civils les loyers de ces maisons?... Ainsi, l'usufruitier ordinaire peut louer les maisons. — Mais puisqu'il en est ainsi, et qu'il faut reconnaître l'inexactitude et la rédaction trop restreinte de notre article, on ne peut donc plus argumenter de ses termes pour refuser à cet usufruitier le droit de louer aussi les meubles, lorsqu'il s'agit de meubles qu'il est d'usage de faire exploiter par d'autres, par exemple un troupeau.

Dans ce cas, d'un troupeau ou d'animaux quelconques, les fruits seront ou naturels ou civils, et subiront tantôt la règle de l'art. 585, tantôt celle de l'art. 586, selon que l'usufruitier recueillera en tout ou en partie les produits en nature de ces animaux, ou qu'il recevra seulement de l'argent. Ainsi, quand l'usufruitier jouira des animaux par lui-même, le propriétaire, à la fin de l'usufruit, aura droit à toutes les laines non encore coupées, à tous les produits non encore perçus; que si les animaux étaient livrés à un preneur ayant droit à la moitié ou à toute autre fraction des fruits, le propriétaire ne pourrait réclamer que la portion de ces fruits à laquelle l'usufruitier aurait eu droit si son usufruit ne s'était pas éteint; que si enfin les animaux se trouvent sous la jouissance d'un preneur qui garde tous les fruits moyennant une somme de par chaque an, le propriétaire aura droit à une fraction de cette somme, fraction proportionnelle à la partie restant à courir de l'année dans laquelle l'usufruit s'éteint. Si le troupeau dont Titius a l'usufruit avait été donné par lui à cheptel à son fermier en même temps qu'il lui affermait son fonds, en louant tout pour un seul et même prix, il faudrait établir une proportion, sur le prix total de la location, entre le loyer du fonds lui-même et le loyer du troupeau, et ce serait sur ce dernier que s'exercerait le droit du propriétaire pour ce qui resterait à courir de l'année. Par exemple, si c'est à la fin de septembre 1840 que le trou-

peau a été livré au fermier avec le fonds, le tout pour un prix unique de 3 000 francs, et que l'usufruitier meure à la fin d'avril ; si le troupeau est estimé à 150 francs de loyer, comme de la fin d'avril à la fin de septembre il reste quatre mois, le tiers d'une année, c'est le tiers de ces 150 francs qui appartiendra au propriétaire. — Il n'y aurait pas de difficulté si l'usufruitier du troupeau n'était aussi qu'usufruitier du fonds appartenant au même propriétaire; ce dernier aurait alors droit à 1 000 francs, tiers du fermage total.

Ainsi, c'est pour les meubles frugifères et susceptibles de location, aussi bien que pour les immeubles ruraux, que l'usufruitier peut transformer des fruits naturels en fruits civils et réciproquement, ainsi qu'il a été expliqué sous l'art. 586, n° II.

499. Au reste, aucune disposition spéciale du Code ne permettant pour les meubles une location dépassant la durée de l'usufruit, on reste pour eux sous l'empire du droit commun, et le louage qui en serait fait s'éteindrait, non pas le jour de l'extinction de l'usufruit, mais avec la fin de l'année courante. Nous disons qu'il ne s'éteindra pas le jour même où s'éteint l'usufruit; car ce serait rendre impossible, d'un côté, le louage que de l'autre on déclare permis : aussi avons-nous vu que dans les anciens principes il en était ainsi pour le louage des immeubles, quoique l'usufruitier ne pût le consentir alors que pour la durée de son usufruit.

IV. — 500. Un propriétaire est le maître d'aliéner, comme et quand il l'entend, les biens qui lui appartiennent; or, l'usufruit est un bien, meuble ou immeuble, selon les circonstances, qui fait partie du patrimoine de l'usufruitier. Celui-ci peut donc le vendre, le donner, l'échanger ; en un mot, l'aliéner de telle manière qu'il le trouvera bon. Ainsi, je puis vous céder l'usufruit que j'ai sur telle maison. Mais, bien entendu, je ne puis que *céder mon usufruit ;* je n'ai pas le droit de créer à votre profit un usufruit nouveau et différent du mien : je ne puis que vous transmettre *mon usufruit,* c'est-à-dire le droit que j'ai (et que vous aurez désormais à ma place) de jouir de cette maison jusqu'à *ma mort.* Ce sera donc toujours par mon décès, et non par le vôtre, que l'usufruit aliéné à votre profit s'éteindra; autrement il n'y aurait plus aliénation et transmission de mon usufruit, mais création d'un usufruit nouveau, ce qui dépasserait mes pouvoirs. — Sans doute l'usufruitier peut bien créer un usufruit, mais seulement sur son usufruit et non pas sur la chose soumise à cet usufruit. Ainsi, il peut faire un usufruit de l'usufruit qu'il a sur cette ferme, mais non pas un nouvel usufruit de cette ferme.

On voit donc que notre article s'exprime très-exactement quand, pour indiquer cette idée, il dit que l'usufruitier peut *vendre ou céder son droit;* et M. Demante a tort, dès lors, de dire que ces mots seraient plus exactement remplacés par ceux-ci : *vendre ou céder l'exercice de son droit* (*Prog.,* I, 601, al. 2). Ce n'est pas seulement l'*exercice* du droit, c'est le *droit* lui-même que l'usufruitier confère alors; il donne la pleine maîtrise, le *dominium,* du bien incorporel qu'il avait

lui-même... Dans le cas de minorité, d'interdiction ou de mariage, l'incapable n'a pas l'*exercice* de ses droits (lequel appartient au tuteur et au mari), il n'en a que la jouissance. Mais dans l'aliénation d'un usufruit, l'exercice et la jouissance ne sont pas séparés; ils passent tous deux au cessionnaire. Si le cessionnaire d'un droit d'usufruit n'en obtenait que l'exercice, à qui donc la jouissance du droit, c'est-à-dire le droit lui-même, appartiendrait-elle?... (1)

Au reste, ce n'est là qu'une affaire de mots, tout le monde est d'accord sur l'idée.

596. — L'usufruitier jouit de l'augmentation survenue par alluvion à l'objet dont il a l'usufruit.

SOMMAIRE.

I. L'usufruit ne profite que de l'alluvion, et non de tout accroissement par accession. Erreur de M. Duranton.

II. Mais dans le cas de changement de lit d'un cours d'eau, il peut jouir de l'ancien lit, lequel n'est pas acquis par accession.

I. — 501. La disposition de notre article n'est-elle, dans la pensée du législateur, qu'un cas particulier du principe *accessorium sequitur principale*, lequel principe serait entièrement applicable à la jouissance de l'usufruitier, et lui permettrait de jouir de toute chose venant accroître et se joindre accessoirement à l'objet de son usufruit? Ou bien faut-il dire que l'usufruitier ne peut pas invoquer l'application de ce principe; que les choses acquises pour la propriété au maître de l'objet ne sont pas, par cela seul, acquises pour la jouissance à l'usufruitier; et que si notre article lui donne droit à l'alluvion (parce qu'il serait impossible dans ce cas de préciser l'augmentation, puisqu'elle s'est faite imperceptiblement), on ne doit pas sortir de la disposition de cet article et l'étendre à d'autres cas?

M. Duranton (IV, 580) professe la première opinion; mais les auteurs les plus exacts décident le contraire, et avec raison selon nous (2).

Et en effet, pourquoi le Code prend-il la peine de parler d'un des cas d'accroissement sans s'occuper des autres; pourquoi les rédacteurs ont-ils eu l'idée de parler de l'alluvion, et de l'alluvion seulement, au lieu de poser le principe général? C'est évidemment (et Maleville, l'un des rédacteurs, nous l'apprendrait, si le fait n'était pas évident par lui-même) parce que cette disposition se trouvait écrite dans le droit romain, dans la loi 9, *De Usufructu,* que le législateur l'a reproduite ici. Or, cette loi explique parfaitement que l'usufruitier n'a point droit de jouir des accroissements d'un fonds; que, par exemple, il n'aurait pas

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Usufruit, n°s 149 et suiv.).

(2) Maleville (art. 596); Delvincourt (t. I); Proudhon (*Domaine publ.*, IV, 1293); Zachariæ (II, p. 14). — Quant à Toullier, il se contente de copier le texte de notre article (III, n° 416). Mais ici, du moins, cette lacune est réparée par une note de M. Duvergier, qui se range sur ce point à notre doctrine.

droit à l'île née dans une rivière ; et que si on lui accorde la jouissance de l'alluvion, c'est parce que cet accroissement insensible et caché ne pourrait pas être reconnu : *ubi latitat incrementum, et usus fructus augetur; ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit* (D. l. 7, t. 1, 9, § 4).

Certes, quand on voit d'un côté une loi qui dit : « *L'usufruitier profite de l'alluvion,* parce que c'est un accroissement latent, mais il n'a pas droit à d'autres accroissements, par exemple à une île », et que d'autre part une loi postérieure vient dire : « *L'usufruitier profite de l'alluvion* », il est bien impossible de croire, ou même de soupçonner, que cette dernière loi ait entendu changer la première. Si l'on avait voulu changer l'ancien principe, on n'aurait pas manqué, ou de prendre le cas que la loi antérieure rejetait en disant : L'usufruitier jouit de l'alluvion et de l'île ; ou de poser le principe général en disant : Toute accession profite à l'usufruitier.

Ainsi, l'usufruitier n'a droit ni sur l'île qui se trouverait formée dans la rivière bordant le fonds soumis à l'usufruit, ni sur la portion reconnaissable de terrain que la force subite de l'eau aurait poussée contre ce fonds, en l'enlevant à un autre, ni sur tout autre accroissement formant une partie qui peut se distinguer du reste de l'objet ; et la doctrine contraire de M. Duranton, repoussée du reste par tous les interprètes, est incontestablement erronée.

II. — 502. Cette décision laisse la question intacte pour le cas où une rivière change de lit. Comme on le sait, l'ancien lit est attribué par la loi au propriétaire du terrain nouvellement occupé (art. 563), pour l'indemniser de la perte qu'il éprouve... L'usufruitier de ce terrain aura-t-il aussi, comme indemnité, la jouissance de l'ancien lit ?

La question, disons-nous, n'est pas décidée par le principe que nous venons de reconnaître ; car ce principe n'est relatif qu'à l'accession, et le cas de cet art. 563 n'est pas un cas d'accession, ainsi que nous l'avons prouvé en l'expliquant : il y a alors acquisition *ipsa lege,* par la seule disposition de la loi. Eh bien, l'usufruitier jouira-t-il de l'ancien lit ?

Nous le pensons : *eadem ratio, idem jus;* or, cet usufruitier subit dans sa jouissance une perte analogue à celle que le propriétaire fait dans sa propriété. Quand le fonds nouvellement occupé se trouve soumis à un usufruit, le propriétaire, n'en ayant alors que la nue propriété, ne perd donc rien quant à la jouissance ; dès lors, comment recueillerait-il la jouissance nouvelle comme *indemnité* d'une jouissance *qu'il ne perd pas?...* Là où est la perte, là est le droit à l'indemnité : or, quand il existe un plein propriétaire, c'est lui qui subit toute la perte, et c'est lui dès lors qui a droit à l'indemnité entière ; mais quand la chose est divisée entre deux personnes, dont l'une a la nue propriété et l'autre la jouissance, il est clair qu'il faut attribuer distributivement cette indemnité à chacune d'elles.

597. — Il jouit des droits de servitude, de passage, et généralement de tous les droits dont le propriétaire peut jouir, et il en jouit comme le propriétaire lui-même.

503. L'usufruitier jouit, comme le ferait le propriétaire et à la place de ce propriétaire, de tous les droits quels qu'ils soient dont jouirait celui-ci. Ainsi, c'est lui qui a notamment, à l'exclusion du propriétaire, le droit de chasser et de pêcher, ce qui présente une nouvelle différence entre l'usufruitier et le fermier. Le fermier, en effet, comme nous le verrons au titre *Du Louage,* n'a le droit de chasse ou de pêche (en l'absence d'une concession spéciale) qu'autant que ce droit, par la destination des fonds affermés, est précisément le seul ou le principal moyen d'en tirer du revenu : louer une garenne, par exemple, c'est évidemment céder le droit d'y prendre du lapin; mais pour les biens ordinaires, et sur lesquels la chasse s'exerce uniquement ou principalement comme agrément et distraction, le droit constitue tout naturellement, à moins de déclaration contraire, une réserve restant au propriétaire. Or, pour l'usufruitier, c'est tout différent : il jouit de tous les droits dont jouirait le propriétaire, de ceux de pur agrément aussi bien que des autres; le propriétaire n'a vis-à-vis de lui aucune réserve ou retenue, et lui seul peut chasser ou pêcher sur tous les biens soumis à son usufruit (1).

504. Quant aux servitudes attachées au fonds, ce n'est pas seulement un droit pour l'usufruitier de les exercer, c'est aussi un devoir, et s'il les laissait s'éteindre faute d'en user (art. 706), il en serait responsable envers le propriétaire. Il est tenu, en effet, de veiller à la conservation de la chose et au maintien des droits de ce propriétaire (art. 614). Il serait responsable également des servitudes passives qu'il laisserait s'établir par prescription.

598. — Il jouit aussi, de la même manière que le propriétaire, des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit (*et néanmoins, s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir obtenu la permission du gouvernement*). (2)

Il n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes, ni

---

(1) Dig., l. 9, § 5, *De Usufr.;* Merlin (*Rép.*, v° Chasse, § 3); Toullier (IV, 19); Proudhon (III, 1209); Duranton (IV, 285); Troplong (*Louage,* I, 161); Hennequin (II, p. 340).

(2) Cette phrase de notre article se trouve sans application depuis la loi du 21 avril 1810. D'après la législation existante au moment de la promulgation du Code, les concessions d'exploitation des mines étaient personnelles, en sorte que l'usufruitier ou le nouveau propriétaire qui voulait exploiter à la place du concessionnaire primitif devait obtenir une permission nouvelle. Mais aujourd'hui, d'après l'art. 7 de la loi précitée, l'acte de concession confère une propriété transmissible comme tous autres biens; en sorte que l'usufruitier n'est plus tenu d'obtenir l'autorisation du gouvernement.

aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée, ni au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit.

505. Quoique les substances extraites des mines, carrières, tourbières, ne soient pas précisément des fruits, ainsi que nous l'avons fait remarquer déjà, on sait cependant que la loi les considère comme tels quand la chose a été destinée à les procurer. L'usufruitier aura donc le droit d'exploiter les mines, carrières, etc., déjà ouvertes quand son usufruit s'établit. Mais il n'aurait pas le droit d'en ouvrir, puisqu'il n'y aurait plus alors destination du propriétaire, et que dès lors les matières à extraire ne seraient plus considérées comme fruits (1).

Au reste, puisque l'art. 562, tout en déclarant que les arbres des futaies non aménagées ne sont pas des fruits aux yeux de la loi, permet cependant à l'usufruitier d'en faire abattre pour les réparations dont il est tenu, on doit décider par analogie qu'il pourrait, dans le même but, percer le sol pour en extraire des matériaux.

Quant au trésor que l'on peut trouver dans un fonds, il n'était guère utile de nous dire ici que l'usufruitier n'y a aucun droit; car il est bien clair que ce n'est pas un fruit, et d'ailleurs son attribution est réglée d'une manière toute spéciale par l'art. 716 : il est donné pour moitié à celui qui le découvre, et pour l'autre moitié au propriétaire du terrain. Du reste, il est évident que c'est seulement comme usufruitier qu'il n'a pas droit au trésor, et que si c'était lui-même personnellement qui le découvrît, il en aurait la moitié, non pas à titre d'usufruitier, mais à titre d'inventeur.

Pour les droits que peut avoir une communauté entre époux sur le trésor trouvé soit par l'un de ces époux, soit sur l'immeuble propre à l'un de ces époux, voyez l'explication des art. 716 et 1403.

599. — Le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier.

De son côté, l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée.

Il peut cependant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état.

506. Les développements que demande cette disposition ont été donnés sous l'art. 555, n° VI, où nous avons fait voir que l'usufruitier

---

(1) Bien que l'usufruitier n'ait aucun droit aux mines ouvertes seulement depuis que l'usufruit a pris naissance, si les travaux d'exploitation de ces mines amoindrissent ses droits, il doit lui être accordé une part dans l'indemnité payée par les concessionnaires. Lyon, 24 mai 1853 (Dev., 54, II, 727; Dall., 55, II, 347). — *Voy.* aussi *Dict. not.* (v° Usufruit, n°s 222 et suiv.).

qui mettrait sur le fonds des plantations considérables ou des constructions aurait droit, comme tout autre constructeur ou planteur de mauvaise foi, soit au remboursement de ses dépenses, soit à l'enlèvement de ses matériaux ; que le second alinéa de notre article ne s'entend que des simples *améliorations ;* et que la règle contraire, admise dans le droit romain et dans notre ancien droit (laquelle n'était qu'une application du principe que tout constructeur de mauvaise foi doit être réputé avoir fait donation de ses matériaux), est nécessairement abrogée avec le principe dont elle découlait.

SECTION II.

DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER.

600. — L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont; mais il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit.

SOMMAIRE.

I. Conséquence que la réalité du droit d'usufruit entraîne contre l'usufruitier.
II. L'usufruitier doit faire à ses frais un inventaire et un état des immeubles. — *Quid* s'il jouit sans les faire dresser ?
III. La dispense d'inventorier accordée par le constituant, quand elle est valable, ne dispense que de payer les frais de l'inventaire.

I. — 507. Cet article nous indique d'abord une obligation résultant pour l'usufruitier de la nature même de son droit, et qui est plutôt la négation d'une faculté qu'une obligation proprement dite ; c'est qu'il est tenu de prendre les choses dans l'état où elles se trouvent. Ceci nous présente un des caractères distinctifs entre l'usufruit et le louage. Ainsi, quand j'ai consenti à votre profit un bail de ma maison ou de ma ferme, vous pouvez me contraindre à reconstruire la grange qui vient d'être brûlée, à réparer les bâtiments qui sont en mauvais état, à replanter des arbres fruitiers en place de ceux que le vent a renversés ; en un mot, à vous livrer la chose en bon état et dans les conditions voulues, pour que vous puissiez en jouir (art. 1720, al. 1), attendu que je suis obligé de vous *faire jouir* (1709, et 1719, 3°). Que si, au contraire, c'est un droit d'usufruit que je vous ai concédé ou qui vous a été légué par celui de qui me vient la propriété, vous prendrez la maison ou la ferme dans l'état où elle se trouvera, sans avoir rien à exiger de moi ; car vous avez, ni plus ni moins, le *droit de jouir,* c'est-à-dire le droit de vous mettre directement et immédiatement en relation avec la chose, sans aucune faculté de me faire intervenir entre cette chose et vous. C'est une conséquence de ce que vous avez un droit *in re* et *in rem,* tandis que le locataire a un droit *ad rem* et *in personam.*

II. — 508. Après avoir indiqué cette prétendue obligation, qui n'est rien autre chose qu'un des caractères de l'usufruit, l'article nous pré-

sente une véritable obligation que l'usufruitier doit remplir avant d'entrer en jouissance : c'est de faire faire à ses frais, en présence du propriétaire ou après l'avoir appelé, un état descriptif des immeubles sujets à l'usufruit et un inventaire des meubles. Si les parties sont majeures, maîtresses de leurs droits et présentes, l'état et l'inventaire peuvent très-bien être faits entre elles par actes sous seing privé ; dans le cas contraire, l'inventaire doit être dressé par un notaire, et l'état par des experts désignés par le tribunal.

Si l'usufruitier entre en jouissance sans faire dresser l'inventaire, la preuve de la consistance du mobilier peut être faite contre lui, soit par tous titres que le propriétaire pourrait avoir, soit par témoins, soit même par commune renommée (argum. des art. 1414, 1442 et 1504), pourvu que ce soit contre le gré ou à l'insu de ce propriétaire que l'usufruitier se soit mis en possession des meubles ; car si le propriétaire avait consenti, soit expressément, soit par son silence, à la jouissance de l'usufruitier, il ne pourrait pas se plaindre de se trouver ainsi, par l'effet de sa propre volonté, à la discrétion de cet usufruitier. Quant à l'état des immeubles, l'usufruitier qui n'en aurait pas fait faire serait de plein droit présumé avoir reçu ces immeubles en bon état, sauf à lui de prouver le contraire ; et si le propriétaire prétendait que des bâtiments, constructions quelconques ou plantations, autres que ceux existant sur le fonds à la fin de l'usufruit, existaient au commencement et ont été détruits, il en pourrait également faire preuve comme ci-dessus, sauf toujours à l'usufruitier à faire la preuve du contraire, ou à établir que les ouvrages ont été détruits par vétusté, ou par cas fortuit et sans faute de sa part.

Mais il ne faudrait pas dire, comme l'a fait un arrêt de Toulouse (29 juillet 1829), qu'il y a lieu, contre l'usufruitier, à la restitution de tous les fruits par lui perçus avant d'avoir fait dresser l'état et l'inventaire, ni bien moins encore à la déchéance du droit d'usufruit, comme l'a jugé la Cour de Bordeaux (18 janvier 1838). En vain on invoquerait l'art. 1442, qui prononce déchéance de l'usufruit légal contre l'époux qui, à la mort de son conjoint, ne fait pas dresser l'inventaire des biens communs auxquels ont droit ses enfants mineurs. Cet argument n'est pas probant ; car 1° cette disposition de l'art. 1442 est l'application d'une peine, et les peines ne peuvent pas s'étendre par analogie : elles ne peuvent résulter que d'un texte exprès ; 2° il n'y a pas même analogie exacte entre les deux cas : l'usufruit légal étant une faveur de la loi, on conçoit que le Code en prononce la déchéance plus facilement que celle de l'usufruit ordinaire ; et l'on ne peut pas plus admettre la déchéance de tout usufruit, pour défaut d'inventaire, d'après l'article 1442, qu'on ne le pourrait, d'après l'art. 386, contre une femme veuve pour son convol en secondes noces (1).

---

(1) *Conf.* Proudhon (II, 973) ; Hennequin (II, p. 375) ; Aubry et Rau (II, § 229 et note 4, p. 491) ; Demolombe (X, n° 470) ; Angers, 7 mai 1834 ; Bastia, 15 juin 1835 ; Rejet, 23 fév. 1836 ; Nîmes, 5 janv. 1838 (Dev., 35, II, 83 ; 36, I, 773 ; 38, II, 290) ;

Ainsi, la loi n'ayant prononcé aucune peine, les tribunaux n'ont pas le droit d'en créer une : c'est au nu propriétaire de s'opposer à la jouissance de l'usufruitier, tant que les formalités voulues ne sont pas remplies; et si, en fait, une jouissance irrégulière a eu lieu et lui a préjudicié, il pourra se faire indemniser, comme il a été dit plus haut.

III. — 509. On s'est demandé si un testateur, en léguant à une personne un droit d'usufruit, peut la dispenser de faire inventorier les meubles soumis à cet usufruit. — Si le nu propriétaire est héritier réservataire du testateur, et que l'usufruit légué par celui-ci soit, ou à peu près, l'équivalent de la quotité disponible, comme alors le droit de jouir sans inventaire pourrait conduire à entamer la réserve, le testateur a dépassé ses droits en accordant la dispense, et l'usufruitier n'en sera pas moins tenu d'inventorier. Dans le cas contraire, la dispense sera valable; mais elle n'aura pas un effet aussi grand qu'on pourrait le croire d'abord. En effet, elle permettra bien à l'usufruitier de refuser de faire un inventaire; mais elle ne saurait empêcher le nu propriétaire d'en faire faire un lui-même à ses frais. Car comment pourrait-on admettre la prétention d'un usufruitier disant : Non-seulement je ne veux pas payer un inventaire, mais je ne veux pas non plus que le propriétaire en fasse un ? En d'autres termes : Je veux pouvoir ruiner, détruire ou m'approprier les meubles dont on ne m'a donné que l'usufruit!

Ainsi, la dispense d'inventaire, quand elle sera valable, dispensera seulement de payer les frais de cet inventaire (1).

601. — Il donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit; cependant, les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants, le vendeur ou le donateur, sous réserve d'usufruit, ne sont pas tenus de donner caution.

I. — 510. La seconde obligation que l'usufruitier doit remplir avant d'entrer en jouissance, c'est de garantir au moyen d'une caution qu'il jouira *en bon père de famille,* ce qui signifie, ainsi qu'on l'a vu déjà, en *propriétaire soigneux.* — Nous avons indiqué déjà, sous l'art. 16, les qualités que doit avoir la caution, lesquelles sont exigées par les articles 2018, 2019 et 2020. Il est évident, du reste, que le montant du cautionnement doit se proportionner aux chances de pertes, et qu'il se mesurerait, non pas sur la valeur totale des biens meubles et immeubles soumis à l'usufruit, mais seulement sur la valeur des biens mobiliers sujets à être détruits ou soustraits, et sur l'importance des détériorations dont les immeubles sont susceptibles.

La nécessité pour l'usufruitier de donner la caution dont il s'agit est, comme on le voit, la règle; les cas dans lesquels il en est dispensé sont

---

Cass., 31 mars 1858; 17 juill. 1861 (Dev., 58, I, 458; 61, I, 836; Dall., 58, I, 194; 61, I, 836).

(1) *Conf.* Agen, 22 juin 1852 (Dev., 53, II, 569; *J. Pal.*, 55, II, 537); Zachariæ, Aubry et Rau (II, § 229, p. 421); Massé et Vergé (II, § 307 et note 9, p. 129); Demolombe (X, nos 473 et suiv.). — *Voy.* aussi Caen, 30 avr. 1855 (Dev., 56, II, 228).

des exceptions, lesquelles, par leur nature même d'exceptions, ne peuvent être étendues d'une circonstance à une autre.

Ainsi, 1° de ce que le vendeur ou le donateur est dispensé de la caution pour l'usufruit qu'il s'est réservé sur le bien par lui vendu ou donné, il ne faudrait pas en conclure, comme le fait à tort Proudhon (II, n° 830), que l'acheteur ou le donataire de l'usufruit d'un bien dont je me réserve la nue propriété en serait également dispensé de plein droit. Quand je vous vends ou donne la nue propriété d'un bien dont je jouissais précédemment, vous connaissez ma manière de jouir, tandis que j'ignore comment vous administrerez le bien dont je vous cède l'usufruit. C'est pour cela que vous me devrez toujours, dans le second cas, la caution dont je serai dispensé dans le premier, si vous ne me l'imposez pas formellement dans l'acte (1).

2° De ce que les père et mère sont dispensés dans le cas de l'usufruit que la loi leur donne sur les biens de leurs enfants mineurs (article 384), il n'en faut pas conclure que les père ou mère succédant à leur enfant, en concours avec des collatéraux simples de l'autre ligne, seraient également dispensés pour l'usufruit que la loi leur attribue sur les tiers des biens pris par ces collatéraux (art. 753 et 754) : on n'a pas droit, vis-à-vis de parents éloignés, à des égards aussi grands que vis-à-vis d'un enfant. Et quand même il s'agirait d'un père (ou d'une mère) ayant l'usufruit des biens de son propre enfant, mais autrement qu'en cette qualité de père ou de mère ; si, par exemple, l'enfant ayant plus de dix-huit ans, ou l'auteur étant déchu de son droit d'usufruit légal, il s'agissait d'un bien dont un tiers a légué l'usufruit à cet auteur et la nue propriété à l'enfant, l'auteur devrait la caution ; car il s'agit d'un cas où il n'a pas droit à l'usufruit légal. — Un troisième cas de dispense légale existe pour le mari usufruitier légal des biens de sa femme (art. 1550).

II. — 511. Quant à la dispense formellement écrite dans le titre constitutif, il est clair qu'elle aura toujours son effet (2), pourvu toutefois qu'elle ne compromette pas les droits d'héritiers à réserve. Ainsi, quand la destruction ou le détournement des meubles, et les détériorations des immeubles peuvent, en s'ajoutant à la valeur actuelle de l'usufruit, dépasser la quotité disponible, la dispense de caution ne pourra pas avoir son effet (3).

---

(1) Le donataire d'un usufruit constitué sur des biens soumis à un droit de retour conventionnel au profit d'un donateur précédent qui avait autorisé cette constitution d'usufruit peut être dispensé de fournir caution. Cass., 12 mars 1862; Bourges, 16 déc. 1862 (Dev., 62, I, 413; 63, II, 28; *J. Pal.*, 62, 495; 63, 422).

(2) L'usufruitier qui a diverti ou recélé des effets de la succession peut être contraint à fournir caution, bien qu'il en ait été dispensé par le titre constitutif de l'usufruit. Toulouse, 2 juin 1862 (Dev., 63, II, 41). De même au cas d'insolvabilité et de conversion en capitaux des immeubles sur lesquels porte l'usufruit. Rouen, 2 fév. 1855 (Dev., 55, II, 497; Dall., 56, II, 51).

(3) La dispense de fournir caution pour un usufruit n'a pas besoin d'être exprimée en termes exprès; elle peut résulter de l'ensemble des clauses de l'acte. Poitiers, 20 janv. 1857; Cass., 10 janv. 1859 (Dev., 58, II, 237; 59, I, 225; Dall., 58, II, 128; 59, I, 71); Massé et Vergé (II, § 307, note 15, p. 130); Aubry et Rau (II, § 229, p. 425 et 426); Demolombe (X, n° 494).

Supposons un père qui, laissant un fils unique et une succession de 50 000 francs, lègue avec dispense de caution un usufruit estimé à 20 000 francs, et dans l'exercice duquel l'usufruitier pourrait, soit en détournant des meubles d'une grande valeur, soit en dégradant des bâtiments, soit autrement, diminuer de 10 000 francs la valeur de la nue propriété; il est clair que la part de l'héritier pouvant se trouver ainsi réduite à 20 000 francs, tandis qu'il a droit à une réserve de 25 000 francs, il peut, nonobstant la dispense, exiger une caution pour les 5 000 francs dont la jouissance de l'usufruitier pourrait diminuer sa réserve : un testateur peut soumettre à tels droits qu'il voudra, à telles éventualités qu'il lui plaira, les biens dont il peut disposer; mais cette faculté s'arrête là où s'arrête sa quotité disponible.

602. — Si l'usufruitier ne trouve pas de caution, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre;

Les sommes comprises dans l'usufruit sont placées;

Les denrées sont vendues, et le prix en provenant est pareillement placé;

Les intérêts de ces sommes et les prix des fermes appartiennent, dans ce cas, à l'usufruitier.

603. — A défaut d'une caution de la part de l'usufruitier, le propriétaire peut exiger que les meubles qui dépérissent par l'usage soient vendus, pour le prix en être placé comme celui des denrées; et alors l'usufruitier jouit de l'intérêt pendant son usufruit : cependant l'usufruitier pourra demander, et les juges pourront ordonner, suivant les circonstances, qu'une partie des meubles nécessaires pour son usage lui soit délaissée, sous sa simple caution juratoire, et à la charge de les représenter à l'extinction de l'usufruit.

I. — 512. L'impossibilité pour l'usufruitier de donner une caution n'amène pas immédiatement les résultats indiqués par notre article.

Ainsi, quand l'usufruitier, ne trouvant pas de caution pour les 20 000 francs auxquels est estimée la créance éventuelle du propriétaire, offre en remplacement une hypothèque ou un gage suffisant, il nous paraît évident que le propriétaire ne peut pas refuser de s'en contenter; il nous est impossible de comprendre la doctrine contraire de Proudhon (II, 846). En effet, c'est par les immeubles que posséderait la caution qu'on estimerait sa solvabilité (art. 219), c'est dans ces immeubles que vous trouveriez votre garantie; comment donc refuseriez-vous l'hypothèque de 20 000 francs que je vous offre sur l'immeuble libre qui m'appartient, ou encore le dépôt d'une somme de 20 000 fr. que j'offre de faire à la Caisse des consignations?... Vous n'en avez aucune raison, aucun prétexte (1).

---

(1) *Conf.* Limoges, 12 mars 1851 (Dev., 51, II, 330; Dall., 51, II, 207); Troplong (*Caut.*, n° 592); Demolombe (X, n° 505).

Lorsque l'usufruitier, ne pouvant trouver une caution bonne et valable, n'offre non plus ni gage ni hypothèque suffisants, on applique nos deux articles.

II. — 513. Ainsi, 1° les immeubles sont donnés à bail ou confiés à un séquestre, c'est-à-dire à un gardien qui rend compte des produits; les loyers des maisons, le prix des fermages, ou les produits en nature (si les fonds ruraux sont livrés à un colon partiaire) appartiennent à l'usufruitier, d'après les règles des art. 585 et 586.

2° Les denrées sont vendues, et le prix en provenant, ainsi que les capitaux qui se trouvaient déjà compris dans l'usufruit, sont placés à intérêt, lequel intérêt est perçu par l'usufruitier (1). Si le propriétaire et l'usufruitier ne s'accordent pas, soit sur le choix du locataire, ou du gardien, soit sur le placement des sommes, c'est au tribunal d'en décider.

3° Quant aux choses mobilières autres que les denrées, le propriétaire peut encore exiger qu'elles soient vendues pour en placer le prix de la même manière, et cela non pas seulement pour celles qui dépérissent par l'usage, comme le linge, les meubles meublants, etc., mais pour tous autres aussi; car l'usufruitier pourrait les détourner, les vendre, par exemple. Il est même des choses que le propriétaire, sans demander ni permettre qu'on les vende, peut exiger qu'on lui livre, sans indemnité pour l'usufruitier. Supposons que l'usufruit comprenne des pierres précieuses, une collection de tableaux, de médailles, de statues ou autres objets auxquels le propriétaire peut attacher un grand prix d'affection : on ne peut pas exiger assurément que le propriétaire les laisse vendre, et on ne peut pas le forcer non plus à les laisser sans garantie entre les mains de l'usufruitier. Si donc celui-ci n'offre pas une garantie convenable, ils pourront lui être enlevés. Ce résultat ne lui causera pas de préjudice, puisqu'il s'agit d'objets de luxe, dont il ne peut tirer aucun profit. — Que s'il y avait quelque moyen d'en tirer un profit quelconque; par exemple, si une ville ou un riche particulier consentait à prendre les objets pour la durée de l'usufruit, en offrant la garantie voulue et en outre une certaine somme par chaque année, il est clair que le propriétaire ne pourrait pas empêcher cette espèce de louage dont les choses ne peuvent pas souffrir, et que la somme payée chaque année appartiendrait à l'usufruitier.

514. Parmi les meubles meublants, il en est que la loi autorise les juges à laisser à l'usufruitier sans autre garantie que son serment d'en user modérément. Ainsi, quand l'usufruitier ne peut offrir ni caution, ni gage, ni hypothèque, le tribunal peut, suivant les circonstances,

(1) En principe, l'usufruitier administre comme il l'entend, et peut placer les capitaux ou les faire valoir lui-même; c'est seulement quand il n'offre pas la caution que le propriétaire peut exiger le placement, lequel doit se faire alors au nom du propriétaire et de l'usufruitier. Quant aux rentes et capitaux déjà placés lors de l'ouverture de l'usufruit, l'usufruitier pouvant en recevoir le remboursement, le propriétaire doit exiger la caution pour tout le montant, et, s'il ne l'obtient pas, faire défense aux débiteurs, par acte authentique, de rembourser aux mains de l'usufruitier seul.

c'est-à-dire en considérant la fortune du propriétaire, le peu d'aisance de l'usufruitier et sa probité, puis la valeur modique des objets dont il s'agit, lui faire délivrer sous son simple serment les choses indispensables à son usage personnel.

604. — Le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit; ils lui sont dus du moment où l'usufruit a été ouvert.

SOMMAIRE.

I. Notre article ne fait point exception à l'art. 1014.
II. Établissement de la proposition et réfutation de la doctrine contraire de Merlin et de Toullier.

I. — 515. D'après l'art. 1014, au titre *Des Donations et Testaments,* le légataire particulier est bien propriétaire de la chose léguée à partir de l'ouverture de son legs, c'est-à-dire à partir de la mort du testateur (pourvu que le legs ne soit pas conditionnel), en sorte que, à compter de ce moment, cette chose fait partie de ses biens et passerait par sa mort à son héritier avec le reste de sa succession; mais cependant il n'a pas encore droit à la possession, à la jouissance de cette chose, jouissance qui ne lui appartiendra qu'à compter du jour où il aura obtenu, ou au moins demandé la délivrance de l'objet légué.

Ceci compris, faut-il, comme l'enseignent Merlin (*Rép.,* v° Legs) et Toullier (III, 423), voir une exception à cette règle dans ces mots de notre article : « Les fruits sont dus à l'usufruitier du moment où l'usufruit a été ouvert? » Évidemment non (1).

II. — 516. En effet, la règle de l'art. 1014, d'après lequel le légataire, quoique propriétaire de l'objet à compter de l'ouverture, c'est-à-dire du décès, n'a droit à la jouissance qu'à partir de la délivrance obtenue (ou demandée), forme un principe avec lequel notre article n'a et ne peut avoir aucune espèce de rapport, puisqu'il s'agit ici, non pas de savoir *à partir de quelle époque existe* pour un usufruitier en général *le droit aux fruits,* mais tout simplement de savoir *quel sera,* sur ce droit aux fruits, *l'effet du retard de donner caution!...* Pour qu'un texte fasse exception à un autre, ou seulement pour qu'on puisse demander s'il y fait exception, il faut, bien entendu, qu'il s'occupe de l'un des cas prévus par l'autre. Or, l'art. 1014 examine *depuis quand un légataire particulier, quel qu'il soit, aura droit aux fruits :* donc, pour que notre article pût y faire exception, il faudrait qu'il examinât *depuis quand le légataire particulier d'un usufruit aura droit aux fruits.* Mais, encore une fois, ce n'est pas là son objet; son objet est de nous dire si le retard de donner caution restreindra ou non le droit aux fruits, et il décide que non.

Ainsi, le retard de donner caution n'empêchera pas l'usufruitier d'a-

(1) Proudhon (I, 393); Grenier (*Donat.,* I, 303); Duranton (IV, 520); Zachariæ (II, p. 10); Duvergier (sur Toullier, *loc. cit.*).

voir droit aux fruits du moment même où il y aurait eu droit, s'il avait donné cette caution immédiatement : voilà tout ce que dit l'article. Mais maintenant, depuis quand y aurait-il eu droit? C'est, nous dit l'article 1014, lorsqu'il s'agit d'un usufruit créé par un legs, du jour de la délivrance obtenue ou demandée de ce legs.

Il est vrai que la seconde partie de notre article se sert, inexactement et d'une manière trop absolue, des mots *du moment où l'usufruit a été ouvert ;* mais on conçoit parfaitement que le rédacteur ait parlé ainsi en pensant à l'usufruit en général, sans reporter sa pensée sur le cas particulier d'un usufruit arrivé par un legs, lequel subit des règles différentes. Dans tous les autres cas d'usufruit, l'usufruitier aura droit aux fruits du jour même de l'ouverture. et c'est en parlant *de eo quod plerumque fit,* que le Code s'est exprimé comme il l'a fait : il n'avait pas ici à s'occuper des legs. Il est banal de répéter qu'une phrase doit toujours s'entendre *secundum subjectam materiam :* or il ne s'agissait que d'expliquer le retard de donner caution.

Et cela est si vrai, que si l'on acceptait pour un instant l'interprétation absolue que Merlin et Toullier donnent à la seconde phrase de notre article, personne n'oserait admettre le résultat ridicule qu'elle amènerait. En effet, à qui les fruits seraient-ils dus du jour de l'ouverture, d'après cette seconde phrase? C'est à l'usufruitier en retard de donner caution ; c'est de celui-là seul que s'occupe notre article, et aussi les articles précédents. Ainsi, en argumentant judaïquement, comme on veut le faire, des termes de notre disposition, on trouverait qu'elle fait exception à l'art. 1014 pour l'usufruitier qui retarde de donner caution. Celui-là seul aurait droit aux fruits depuis l'ouverture ; quant à celui qui donne la caution immédiatement, aucun texte ne le faisant échapper à la règle de cet art. 1014, il n'aurait les fruits que du jour de la délivrance!!!... N'est-il pas évident que nous sommes dans le faux, que notre article ne peut pas se prendre à la rigueur de la lettre, et que la seconde phrase signifie tout simplement *du jour où ils lui auraient été dus s'il avait donné caution de suite?*

A côté de cet argument de texte qui s'évanouit devant l'examen, les partisans du système que nous combattons présentent un argument de principes qui n'a pas plus de force. Suivant eux, la prétendue exception apportée par notre article à l'art. 1014 tiendrait à la nature même des choses. En effet, dit-on, quand l'objet légué est un usufruit, il n'est plus possible de dire que le légataire aura la propriété de cet objet dès le décès du testateur, et qu'il n'aura droit aux fruits qu'à partir de la délivrance obtenue ou demandée. Car l'objet du legs, c'est l'usufruit ; or, l'usufruit, c'est précisément ce droit aux fruits; il serait donc contradictoire de dire que le légataire, pendant un temps quelconque, aura l'usufruit sans avoir droit de prendre les fruits.

Ceci est une erreur provenant des deux sens différents dans lesquels on emploie les mots *droit aux fruits.* Dans l'usufruit comme dans tout autre bien, on distingue le bien et les produits, les fruits de ce bien. L'usufruit, ou si l'on veut la propriété de l'usufruit, c'est le droit même

de jouir, *ipsum jus fruendi :* c'est là le bien, bien incorporel qui est tantôt meuble et tantôt immeuble ; les produits, ce sont les fruits que l'on recueille et qui sont toujours des choses mobilières. Si par sa propre volonté ou par toute autre cause un usufruitier restait pendant plusieurs années sans louer ni exploiter la ferme soumise à son usufruit, il est clair que pendant ce temps il aurait toujours un usufruit, mais il n'aurait pas les produits de cet usufruit ; il ne jouirait pas de son droit d'usufruit. Or, telle sera la position du légataire d'usufruit depuis le décès du testateur jusqu'à l'obtention ou la demande de la délivrance : il sera usufruitier : il sera maître, propriétaire du bien incorporel, meuble ou immeuble, qu'on appelle usufruit ; il pourra le vendre, le donner, le transmettre comme il l'entendra ; mais il n'en jouira pas encore, il n'en recueillera pas les produits (1).

605. — L'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien.

Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu.

606. — Les grosses réparations sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières ;

Celui des digues et des murs de soutenement et de clôture aussi en entier.

Toutes les autres réparations sont d'entretien.

607. — Ni le propriétaire, ni l'usufruitier, ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit.

SOMMAIRE.

I. Le propriétaire n'est jamais tenu, comme tel, d'aucune réparation ni reconstruction. Grave erreur de Delvincourt.

II. *Quid* si l'usufruitier a fait lui-même les grosses réparations ? — Si les dépenses étaient faites par le propriétaire ou pour son compte, ce serait à l'usufruitier d'en acquitter les intérêts.

III. L'usufruitier est tenu des réparations d'entretien. Il peut, en renonçant à l'usufruit, se décharger des réparations à venir ; mais non de celles qui sont actuellement nécessaires, quand même il offrirait de rendre les fruits qu'il a perçus. Erreur de Proudhon, M. Duranton et M. Zachariæ.

IV. L'usufruitier peut, non plus comme usufruitier, mais par son fait particulier, se trouver tenu des grosses réparations et même des reconstructions ; le propriétaire, par cette même cause, peut devoir aussi les reconstructions ou les réparations.

V. Quelles sont les grosses réparations ?

I.—517. Ces trois articles sont relatifs aux réparations plus ou moins considérables, et aux reconstructions, qui peuvent devenir nécessaires pendant la durée de l'usufruit. Or, de la nature même du droit d'usu-

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Usufruit, n° 123).

fruit il résulte que le nu propriétaire n'est jamais tenu, comme tel, vis-à-vis de l'usufruitier, à aucune réparation ni reconstruction. L'usufruitier a, ni plus ni moins, *le droit de jouir* de la chose, en se mettant lui-même et immédiatement en rapport avec elle, et sans pouvoir réclamer l'intervention de personne; il n'a pas, comme le locataire, le droit de forcer le propriétaire *à le faire jouir*. Ainsi, ce locataire peut exiger que le propriétaire relève les bâtiments brûlés, renversés par une tempête, tombés de vétusté ou détruits par toute autre cause; qu'il rétablisse les toitures, qu'il répare tout ce qui est en souffrance, etc.; car de même que le propriétaire est tenu au commencement du bail de livrer la chose en bon état, il est tenu également de l'entretenir dans cet état pendant toute la durée de ce bail (art. 1720, alin. 2). L'usufruitier, au contraire, ne peut rien demander de tout cela : de même qu'à l'ouverture de l'usufruit il lui faut se contenter des choses dans l'état où elles sont, sauf à y faire lui-même telles réparations et tels travaux qu'il trouvera bon, ou à refuser l'usufruit s'il ne le trouve pas avantageux; de même pendant toute la durée de cet usufruit il lui faut garder les choses dans l'état où elles viennent à se trouver, sauf à lui d'y faire à ses frais les travaux qu'il juge utile de payer, ou de renoncer à son droit pour l'avenir si les travaux nécessaires lui paraissent trop coûteux. Quant au nu propriétaire, aucune obligation ne peut frapper sur lui, en cette qualité de nu propriétaire.

Delvincourt, cependant, prétend que le propriétaire est obligé de faire les grosses réparations. Il se fonde sur le sentiment de Pothier dans son *Traité du Douaire,* et sur les termes de l'art. 605, qui déclare que ces réparations demeurent *à la charge* du propriétaire. Mais c'est là une erreur (1).

Les deux bases de la décision de Delvincourt lui échappent entièrement. Et d'abord, il n'est pas vrai que Pothier ait enseigné la doctrine qu'on lui prête; loin de là, il enseigne le contraire : « Le mari, en se mariant, dit-il, *contracte envers sa femme l'obligation* de lui laisser son douaire après sa mort. Cette obligation renferme *l'obligation secondaire que le mari contracte également,* et qui passe par sa mort à ses héritiers, de mettre et maintenir dans l'état voulu les choses sujettes au douaire... Il est vrai que LE DROIT D'USUFRUIT N'OBLIGE PAS LE NU PROPRIÉTAIRE A FAIRE QUELQUE CHOSE : aussi, CE N'EST PAS DU DROIT D'USUFRUIT *que naît l'action qu'a la douairière pour obliger l'héritier du mari à faire les réparations;* elle naît de l'obligation personnelle que son mari a contractée. » (*Du Douaire,* n° 239.) Ainsi, Pothier professait notre doctrine, qui est la doctrine du droit romain, la doctrine de l'ancien droit, la doctrine du Code. Aussi, tandis que la douairière pouvait, en conséquence de l'obligation contractée par son mari, contraindre l'héritier de celui-ci, lors de l'ouverture de son usufruit, à lui

(1) Toullier (III, 443); Proudhon (IV, 1675); Duranton (IV, 615); Zachariæ (II, p. 18); Demolombe (X, n°s 581 et suiv.); *Dict. not.* (v° Usufr., n° 553); Paris, 11 oct. 1860 (Dev., 60, II, 581; *J. Pal.*, 61, 158); Toulouse, 9 fév. 1865 (Dev., 65, II, 160).

livrer les héritages *en bon état de réparations,* le Code, au contraire, déclare dans l'art. 600 que l'usufruitier devra recevoir les choses *dans l'état où elles se trouveront.*

Quant aux termes de l'art. 605, ils n'ont nullement le sens que leur attribue Delvincourt, sens qui serait le renversement des principes romains et de la doctrine de Pothier, et une contradiction flagrante avec l'art. 600. Comment l'usufruitier, qui ne peut pas, d'après cet art. 600, exiger les grosses réparations nécessaires au commencement de l'usufruit, pourrait-il exiger ici celles qui deviennent nécessaires dans le cours de sa jouissance?... Tel n'est pas le sens de l'article; les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, mais il n'est pas *tenu* de les faire. Les grosses réparations *demeurent* à sa charge, c'est-à-dire qu'elles y sont *comme avant l'existence de l'usufruit;* or, il est clair qu'avant l'existence de l'usufruit il n'était pas *obligé* de les faire, car nul n'est forcé de restaurer le bâtiment qui lui appartient : elles demeurent à sa charge pendant comme avant l'usufruit, c'est-à-dire que s'il veut qu'elles soient faites (et c'est ce qui arrive ordinairement), il doit les faire lui-même; mais s'il ne tient pas à ce qu'elles soient faites, personne ne peut les exiger : elles y sont comme auparavant, c'est-à-dire que la présence d'un usufruitier ne l'en débarrasse pas comme elle le débarrasse des réparations d'entretien.

II. — 518. Que si l'usufruitier, soit au commencement, soit dans le cours de sa jouissance, avait fait à ses frais les grosses réparations sans les ordres du propriétaire, le point de savoir s'il peut réclamer le montant de ses dépenses dépendrait d'une distinction qui se présente d'elle-même. Cette distinction est un point de fait que les tribunaux décideraient d'après les circonstances. En effet, si, malgré les dénégations d'un propriétaire peu loyal, on voit que ce propriétaire aurait certainement fait les réparations, comme alors l'usufruitier a vraiment géré utilement l'affaire du propriétaire, celui-ci devra être condamné à l'indemniser; si, au contraire, il paraît assez probable que le propriétaire n'aurait pas voulu faire ces réparations et aurait mieux aimé laisser tomber le bâtiment (par exemple, s'il s'agit d'une grange à peu de distance de laquelle il en a une seconde sur un terrain qui n'est pas soumis à l'usufruit), l'usufruitier n'aurait rien à réclamer. En vain, dans ce dernier cas, il dirait à la fin de l'usufruit que s'il n'y a pas gestion d'affaire utile pour tout le montant des dépenses faites (puisque le propriétaire aurait laissé tomber et va jeter bas cette grange), il a au moins droit à la somme, assez modique il est vrai, que le propriétaire peut retirer des quelques matériaux qu'il a mis, il ne serait pas écouté, à cause de l'art. 599, qui lui refuse toute indemnité pour les améliorations par lui faites. — Que si c'était une reconstruction, et non une simple réparation, qu'il eût faite (toujours dans des circonstances qui permettent de croire que le propriétaire n'aurait pas voulu la faire), ce serait le cas de l'art. 555, et il lui serait permis de démolir pour enlever ses matériaux.

Au reste, dans le cas même où l'on jugera en fait que le propriétaire

aurait fait les réparations, et où il sera en conséquence condamné à rembourser les dépenses de l'usufruitier, comme aussi quand ce propriétaire consentira à faire lui-même les réparations, il ne devra payer les dépenses ou les rembourser à l'usufruitier que sous l'obligation par cet usufruitier de lui payer les intérêts de la somme pendant la durée de sa jouissance. En effet, il est bien clair que l'usufruitier ne peut pas avoir la prétention de jouir d'une valeur plus considérable que la valeur totale du bien soumis à l'usufruit; si ce bien vaut 80 000 francs, l'usufruitier ne peut pas exiger qu'on le laisse jouir de 100 000. Donc, quand on vous confère, par un legs ou autrement, l'usufruit d'un bien qui vaudrait 100 000 francs s'il était en bon état, mais qui demande 20 000 francs de réparations, il est évident que ce bien ne valant réellement que 80 000 francs, c'est seulement de 80 000 francs que vous avez droit de jouir. Si donc le propriétaire, qui n'est pas tenu à ces réparations, consent cependant à les faire, il est clair qu'il peut exiger de vous l'intérêt des 20 000 francs qu'il va débourser, et par le déboursement desquels vous allez avoir sous votre jouissance une valeur de 100 000 francs au lieu de la valeur de 80 000 à laquelle vous aviez droit. Une hypothèse va rendre ceci palpable.

Supposez qu'on vous lègue l'usufruit d'une ferme dont on me lègue la nue propriété, à moi qui n'ai pas un sou. Si les bâtiments exigent 20 000 francs de réparations que je veux bien faire, n'est-il pas clair que le moyen tout direct, tout naturel, de payer cette dépense, c'est de vendre, jusqu'à concurrence de 20 000 francs, une portion des terres? Or, qu'arrivera-t-il par là? c'est que cette portion de terre, cette valeur de 20 000 francs, sera perdue pour moi quant à la propriété, et pour vous quant à la jouissance; il y a pour vous comme pour moi une perte qui est compensée par la consolidation des bâtiments. Que si, au lieu de vendre des terres, on empruntait avec hypothèque sur le bien, la dette étant celle de l'immeuble, c'est à l'usufruitier, qui l'a consentie d'accord avec le propriétaire, à en acquitter les intérêts, lesquels sont une charge de ses revenus. Mais maintenant, s'il en doit être ainsi dans le cas où le propriétaire ne possède rien, n'est-il pas clair qu'il en doit être de même alors qu'il possède des valeurs quelconques et qu'il paye tous les travaux de ses propres deniers? Le point de savoir s'il est riche ou pauvre n'a évidemment rien à faire dans la question, et le résultat doit toujours être le même, quel que soit le moyen employé pour payer les 20 000 francs. Que si, enfin, c'était l'usufruitier qui fît les avances de ses deniers, il ne pourrait, d'après les mêmes vues, en exiger le remboursement qu'à la fin de l'usufruit, de manière à ce que ce soit lui qui subisse les intérêts pendant la durée de sa jouissance.

III. — 519. Si le propriétaire ne subit, quant aux réparations, aucune obligation, il n'en est pas de même de l'usufruitier. En effet, l'usufruitier doit jouir comme le propriétaire, comme jouirait un administrateur soigneux, *sicut bonus pater familias* (art. 578 et 601); or, d'après les règles les plus élémentaires d'une sage administration, c'est

sur les produits d'un bien, sur les *revenus actifs,* que doivent se prendre les frais nécessaires pour le maintenir en bon état, les réparations d'entretien, qui sont pour ainsi dire des *revenus passifs :* ces réparations d'entretien étant une charge de la jouissance, c'est donc à l'usufruitier de les faire, et le propriétaire peut l'y contraindre (1).

Puisque ces réparations d'entretien sont une charge des fruits, de la jouissance, l'usufruitier peut donc toujours s'en débarrasser pour l'avenir, en renonçant à son usufruit. Il peut, disons-nous, s'en débarrasser *pour l'avenir ;* il ne le peut pas pour celles qui sont actuellement nécessaires au moment de sa renonciation, car celles-là sont le résultat, et par conséquent une charge, de sa jouissance passée. Il ne le pourrait, en tout cas, qu'en restituant les fruits de sa jouissance passée ; mais il ne le peut pas même, selon nous, sous cette condition.

En effet, c'est par le fait même de sa jouissance que l'usufruitier se trouve tenu des réparations contemporaines à cette jouissance ; or, quand l'obligation est une fois née par ce quasi-contrat, il est clair qu'elle doit s'exécuter et que le propriétaire peut en exiger l'accomplissement : l'exécution directe de cette obligation ne pourrait être remplacée par la restitution de tous les fruits perçus qu'autant que le propriétaire y consentirait, et qu'une convention, un accord commun des deux parties opérerait novation de l'obligation primitive. On ne peut pas se libérer d'une obligation en offrant au créancier un équivalent que celui-ci ne veut pas recevoir, et l'entrepreneur qui s'est engagé à faire, moyennant 2 000 francs que je lui ai versés, toutes les réparations nécessaires à ma maison, ne peut pas se libérer de son obligation en me restituant mes 2 000 francs. En vain dirait-on qu'en restituant les fruits l'usufruitier fait disparaître la cause de son engagement personnel ; l'usufruitier ne peut pas faire qu'il n'ait pas joui, il ne peut pas faire qu'il n'y ait eu de sa part consentement d'être usufruitier, et de rester tel pendant tout le temps qui s'est écoulé depuis son acceptation jusqu'au moment où il renonce. Et qui empêcherait mon entrepreneur, dans l'hypothèse ci-dessus, de présenter ce même argument? La cause de son engagement est dans la réception volontaire de sa part des 2 000 francs que je lui ai comptés ; il pourrait donc dire aussi qu'en me restituant ces 2 000 francs il fait disparaître la cause de son obligation. Que si, au lieu de lui verser d'avance cette somme, je m'étais également obligé à la lui donner plus tard, la cause de son obligation se trouvant alors dans mon obligation de la lui payer, il pourrait donc se libérer en me disant qu'il me tient quitte ; car il dirait encore qu'en consentant ma libération, il fait disparaître la cause de son obligation! C'est-à-dire qu'on pourrait à son gré se départir, dans tous les cas possibles, des engagements auxquels on se trouve soumis!...

Il y a au fond de tout ceci une confusion qu'il est facile de saisir : c'est que la restitution des fruits, ou celle des 2 000 francs, ou la quit-

(1) *Conf.* Aubry et Rau (II, § 233, p. 454); Demolombe (X, n° 573).

tance de mon obligation, ne peuvent produire leur effet qu'autant *qu'elles existeraient;* or, elles n'existeront que par mon acceptation, par le concours de nos volontés : jusqu'à mon acceptation, il y aura seulement des offres, offres que je ne suis pas forcé d'accepter, et qui ne produiront aucun effet si je ne les accepte pas. — Nous tenons donc pour une erreur la doctrine contraire professée par Proudhon (t. V, 2164), M. Duranton (IV, 623) et M. Zachariæ (II, p. 18).

IV. — 520. Ainsi, en principe et par leur qualité, l'usufruitier n'est tenu que des réparations d'entretien contemporaines à sa jouissance, et le propriétaire n'est tenu d'aucune réparation ni reconstruction. Mais on conçoit qu'il en pourrait être autrement par suite de circonstances particulières.

Par exemple, si par l'acte constitutif de l'usufruit l'usufruitier avait pris les grosses réparations à sa charge, il est clair qu'il serait tenu de les faire. Il en serait tenu également si c'était le défaut d'entretien depuis l'ouverture de l'usufruit qui eût rendu ces grosses réparations nécessaires, puisque chacun est tenu de réparer le dommage qu'il cause par sa négligence (art. 1383). D'après le même principe, il serait tenu même d'une reconstruction si c'était par le défaut de grosses réparations à lui imposées, ou par toute autre cause à lui imputable, que la destruction se fût réalisée.

De son côté, le propriétaire sera tenu soit des reconstructions, soit des réparations grosses ou d'entretien, s'il s'était engagé à les faire (car toute convention tient lieu de loi à celui qui l'a consentie), ou si c'était par son fait qu'elles fussent devenues nécessaires (car il ne peut par son fait nuire aux droits de l'usufruitier, aux termes de l'art. 599). — Nous pensons avec M. Duranton (IV, 617), et contrairement à M. Zachariæ (II, p. 8, note 18), que le propriétaire, obligé par son titre de faire les grosses réparations, pourrait s'en affranchir en abandonnant à l'usufruitier la propriété de la chose; l'art. 699 le décide positivement pour le cas d'une servitude réelle, et l'on ne voit pas comment il en serait autrement dans l'usufruit, qui n'est aussi qu'une servitude. Pour qu'il en fût autrement, pour que l'usufruitier eût sous ce rapport le même avantage qu'un locataire, il faudrait que cette idée ressortît clairement de l'acte constitutif; elle ne doit pas se présumer.

V. — 521. Puisque l'usufruitier n'est tenu que des réparations d'entretien et non des grosses réparations, il importe donc de bien distinguer les unes des autres.

D'après l'art. 606, il n'y aurait de grosses réparations que le rétablissement 1° des gros murs, 2° des voûtes, 3° des poutres, 4° des couvertures entières, 5° des digues, 6° enfin des murs de soutenement ou de clôture, quand il s'agit de les refaire en entier; toute autre réparation serait d'entretien.

Les gros murs sont ceux qui règnent du haut en bas de la maison pour la soutenir : il n'y a souvent de gros murs que les quatre murs extérieurs; mais il peut y en avoir aussi à l'intérieur. On appelle murs

de soutenement ceux qui sont destinés à soutenir une terrasse ou autres terres, la partie inférieure d'une lourde construction, etc.

Si une couverture, un mur de soutenement ou de clôture, etc., qui ne sont actuellement tombés qu'en partie (ce qui présenterait une réparation d'entretien), étaient cependant dans un état tel qu'en les réparant sur un point le reste tombera, ce serait un cas de grosse réparation, et l'usufruitier s'en affranchirait en faisant constater l'état des choses.

Il est évident, au surplus, qu'on ne doit entendre l'art. 606 que des objets dont il s'occupe, et non pas d'une manière absolue. Ainsi, quoique cet article ne s'occupe pas d'une usine, d'un bâtiment de mer, d'une chapelle, il est clair que ces objets et d'autres encore donnent lieu à des réparations d'entretien et à de grosses réparations. Par exemple, si le tiers ou la moitié de la cheminée d'une pompe à feu vient à s'écrouler, il est évident que ce n'est pas là une simple réparation d'entretien dont soit tenu l'usufruitier, quoique l'article n'en parle pas; si, sur le domaine soumis à l'usufruit, se trouve une chapelle dont les piliers menacent ruine, il est clair qu'il s'agit encore là d'une grosse réparation, car ces piliers soutiennent l'édifice à l'instar d'un gros mur, etc. — En un mot, il ne faut pas prendre à la lettre et dans un sens absolu cette proposition de l'article, que toutes les réparations qu'il n'indique pas sont d'entretien; il ne faut accepter cette règle que pour les choses dont l'article a parlé, et décider par analogie les cas qu'il n'a pas prévus.

608. — L'usufruitier est tenu, pendant sa jouissance, de toutes les charges annuelles de l'héritage, telles que les contributions et autres qui dans l'usage sont censées charges des fruits.

522. Ainsi, c'est à l'usufruitier de payer tous les impôts ordinaires, puis les frais de garde, de curage des rivières et fossés, etc., etc., attendu que toutes ces dépenses sont des charges des revenus. Il en est autrement des impôts extraordinaires dont va parler l'article suivant.

609. — A l'égard des charges qui peuvent être imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit, l'usufruitier et le propriétaire y contribuent ainsi qu'il suit :

Le propriétaire est obligé de les payer, et l'usufruitier doit lui tenir compte des intérêts.

Si elles sont avancées par l'usufruitier, il a la répétition du capital à la fin de l'usufruit.

523. Il s'agit ici de charges extraordinaires imposées à la propriété; par exemple, un emprunt forcé frappant proportionnellement sur tous les propriétaires d'une commune. Il en est de ces charges comme des grosses réparations à faire sur un bien; le moyen tout naturel (et qui

serait forcé si le propriétaire n'avait aucune autre ressource) ce serait de vendre, pour y faire face, une petite portion de la chose. Or, comme ce moyen enlèverait au propriétaire une partie de son capital, et à l'usufruitier une partie de sa jouissance, et que si tout autre moyen est substitué à celui-ci le résultat doit être le même, il s'ensuit que c'est toujours à l'usufruitier de supporter les intérêts de la somme déboursée. Si donc la somme est payée par le propriétaire, celui-ci pourra demander les intérêts à l'usufruitier pendant toute la durée de l'usufruit; que si c'est l'usufruitier qui la paye lui-même, il n'en pourra demander le remboursement qu'à la fin de l'usufruit (*voy.* art. 607, n° I, *in fine*). — En un mot, la survenance d'une grosse réparation à faire sur un bien ou de toute autre charge extraordinaire et non annuelle sur ce bien, est en définitive une diminution du bien; or, puisque le *dominium* de ce bien est divisé entre le propriétaire qui a l'*abusus*, et l'usufruitier qui prend l'*usus* et le *fructus*, ils doivent subir tous deux cette diminution, l'un quant au capital, l'autre quant aux revenus.

Notre article, du reste, ne parle que des charges imposées *pendant la durée de l'usufruit;* car si l'emprunt forcé ou autre impôt extraordinaire était créé déjà au moment qu'on a constitué cet usufruit, les intérêts comme le capital resteraient à la charge du propriétaire. En effet, quoique l'impôt ne naisse que par rapport au bien sur lequel on l'établit et qu'il soit vraiment la dette de ce bien, il devient cependant la dette du propriétaire, la dette de la personne (frappant dès lors sur le patrimoine entier de cette personne), à partir du moment même qu'il est créé; tellement que si la maison imposée brûlait en entier, le lendemain du jour où l'impôt est établi, cet impôt n'en serait pas moins dû. En un mot, l'impôt est à la charge de celui qui avait le *dominium* de la chose au moment qu'il a été établi; donc, quand l'impôt est établi à un moment où je suis nu propriétaire et vous usufruitier, le *dominium* étant alors divisé entre nous, la dette de cet impôt naît contre nous deux, savoir : contre moi pour le capital, et contre vous pour les revenus; mais quand il est né au moment où j'avais encore le *dominium* à moi seul, je dois par conséquent l'impôt à moi seul.

610. — Le legs fait par un testateur, d'une rente viagère ou pension alimentaire, doit être acquitté par le légataire universel de l'usufruit dans son intégrité, et par le légataire à titre universel de l'usufruit dans la proportion de sa jouissance, sans aucune répétition de leur part.

611. — L'usufruitier à titre particulier n'est pas tenu des dettes auxquelles le fonds est hypothéqué : s'il est forcé de les payer, il a son recours contre le propriétaire, sauf ce qui est dit à l'article 1020, au titre *Des Donations entre-vifs et des Testaments.*

612. — L'usufruitier, ou universel, ou à titre universel, doit con-

tribuer avec le propriétaire au payement des dettes, ainsi qu'il suit :

On estime la valeur du fonds sujet à usufruit; on fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur.

Si l'usufruitier veut avancer la somme pour laquelle le fonds doit contribuer, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit, sans aucun intérêt.

Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix, ou de payer cette somme, et, dans ce cas, l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit, ou de faire vendre jusqu'à due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit.

SOMMAIRE.

I. Objet commun des trois articles. — Observations préliminaires. Règles appliquées par nos articles à l'usufruitier, mais seulement pour l'intérêt des dettes. L'acquéreur à titre gratuit d'un usufruit universel et à titre universel doit cet intérêt en proportion de sa jouissance.

II. Application de cette règle aux arrérages de rentes perpétuelles ou viagères. — Sens et vices de rédaction de l'art. 610.

III. Suite.

IV. Suite.

V. Rédaction à substituer à celle de cet art. 610.

VI. Application de la règle aux intérêts des dettes ordinaires. — Sens et vices de rédaction des alinéa 1 et 2 de l'art. 612. — Rédaction qui doit leur être substituée.

VII. Explication des deux autres alinéa.

VIII. De l'acquéreur à titre gratuit d'un usufruit particulier. Sens et vices de rédaction de l'art. 611. — Cet acquéreur ne doit l'intérêt d'aucune dette. — Mais *quid* quand le fonds est hypothéqué à la dette ?

IX. Rapport de l'art. 611 avec l'art. 1020, auquel il renvoie. — Rédaction à substituer à celle de cet art. 611.

I. — 524. Ces trois articles s'occupent de régler la manière dont un légataire ou donataire d'usufruit peut être tenu de contribuer aux dettes du donateur ou testateur ; mais ils offrent une rédaction inexacte et obscure qui ne permet d'en saisir le sens qu'au moyen de nombreuses observations.

On verra plus tard que la loi distingue trois espèces de legs : le legs universel, le legs à titre universel, et le legs particulier. Le legs universel est celui qui attribue la totalité du patrimoine ou du moins toute la portion disponible de ce patrimoine ; le legs à titre universel est celui qui donne une fraction, une quote-part, de l'universalité des biens, ou tous les immeubles, ou tous les meubles, ou une quote-part de ces immeubles ou de ces meubles; tout autre legs est un legs particulier (art. 1003, 1004 et 1010).

Ainsi, il n'y a de légataire universel ou à titre universel que celui à qui le testateur donne, *en propriété,* la totalité ou une quote-part de son patrimoine, d'où il suit que tout légataire d'*usufruit* est nécessairement un légataire particulier. L'art. 610 a donc tort de parler d'un *légataire universel ou à titre universel d'usufruit.* Ces expressions vicieuses, et qui pourraient induire en erreur, doivent se remplacer par

celles de l'art. 612, qui parle d'un *usufruitier universel ou à titre universel*. Le Code, appliquant à l'usufruit la classification tripartite du legs, appelle usufruit universel celui qui s'étend sur l'universalité du patrimoine ou de la portion disponible de ce patrimoine; usufruit à titre universel, celui qui frappe sur une quote-part de cette universalité, ou sur l'universalité ou une quote-part de l'universalité des meubles ou des immeubles ; enfin, usufruit particulier, celui qui porte sur un ou plusieurs biens déterminés. Mais n'oublions pas que dans le cas même où l'usufruit légué serait à titre universel ou même universel, le legs n'en serait pas moins particulier, d'après l'art. 1010. On peut donc parler d'un *légataire usufruitier universel ou à titre universel*, et d'un legs *d'usufruit universel ou à titre universel*, mais non pas d'un *legs universel ou à titre universel* d'usufruit : la qualité d'universel ou à titre universel peut s'appliquer à l'usufruit et par suite à l'usufruitier, mais non à son legs, lequel est toujours un legs particulier.

Et ce n'est pas seulement dans le cas de legs que l'acquéreur est universel, ou à titre universel, ou à titre particulier, c'est aussi dans tous les autres cas d'acquisition, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit : ainsi, de même qu'on peut être légataire, de même on peut être donataire ou acheteur d'une universalité, ou d'une quote d'universalité, ou d'un ou plusieurs biens particuliers. On distingue donc des légataires, des donataires, des acheteurs, en un mot, des *acquéreurs* universels, ou à titre universel, ou à titre particulier.

On verra également au titre *Des Donations* que les légataires universels ou à titre universel sont tenus des dettes de la succession, ou pour le tout, s'ils prennent toute cette succession , ou en proportion de la part qu'ils en prennent; et que le légataire particulier ne doit aucune dette (art. 1009, 1012 et 1024). — Ici encore ce n'est pas seulement pour les légataires que la règle s'applique, c'est pour tout acquéreur à titre gratuit : tout acquéreur à titre gratuit d'une universalité ou d'une fraction d'universalité doit les dettes ou pour le tout, ou en proportion de la valeur de l'objet qu'il acquiert; au contraire, l'acquéreur à titre gratuit d'un ou de plusieurs biens particuliers ne doit aucune dette. Quant à l'acquéreur à titre onéreux, il ne doit pas les dettes, même quand il acquiert une universalité. — Nous reviendrons plus loin sur ces idées (*voy.* aussi art. 1085, n° III, et art. 1626, n° VII).

Or, cette seconde règle est également appliquée à notre matière, non pas pour le payement des *dettes* (puisque tous les légataires d'usufruit, même d'un usufruit universel, étant des légataires particuliers, aucun d'eux ne doit rien payer des dettes), mais pour le payement des *intérêts* de ces dettes. Ainsi, le légataire d'un usufruit universel ou à titre universel doit les intérêts ou de la totalité des dettes, ou d'une part proportionnelle à l'objet de son usufruit, tandis que le légataire d'un usufruit particulier ne doit l'intérêt d'aucune dette.

Le premier et le dernier de nos trois articles font l'application de cette règle aux légataires d'un usufruit universel ou à titre universel; nous les exposerons d'abord. Le second, l'art. 611, lequel est relatif

au légataire d'un usufruit particulier, et dit beaucoup moins qu'il ne devrait dire, sera développé en second lieu.

II. — 525. Et d'abord, l'art. 610 déclare que le légataire d'un usufruit universel ou à titre universel devra acquitter, soit en totalité, soit en proportion de sa jouissance, le legs d'une rente viagère ou d'une pension alimentaire fait par celui qui lui a légué à lui-même son usufruit.

Ainsi, Titius, en mourant, laisse la propriété de tous ses biens, soit à un héritier légitime, soit à un légataire universel; et il lègue à vous l'usufruit de ces mêmes biens, puis à Séius une rente viagère ou une pension alimentaire de 600 francs. Ce sera vous, légataire de l'usufruit universel, qui acquitterez pour le tout cet autre legs, parce que les sommes à payer sont pour le tout des intérêts, des produits, des revenus. Nous avons vu, en effet, sous l'art. 588, que le Code consacre l'idée que les arrérages d'une rente viagère (et par conséquent aussi les revenus d'une pension alimentaire) ne sont point un mélange de produits et d'une fraction de capital, mais bien des produits purs, de simples fruits dont le capital, le principe producteur, se trouve dans le bien incorporel appelé rente. Or, puisque ce sont là de purs intérêts, c'est donc à celui qui recueille tous les intérêts actifs, qui a les fruits de tous les biens, à les payer en entier.

Que si, au lieu d'avoir l'usufruit de tous les biens, vous n'aviez que l'usufruit d'une quote-part, vous ne payeriez, bien entendu, qu'une fraction proportionnelle de la rente ou de la pension. Ainsi, quand on vous a légué l'usufruit du quart de la succession, il est clair que vous ne devrez qu'un quart de la rente (150 fr.).

Notre art. 610 énonce clairement ces deux idées; mais il s'exprime inexactement et présente une proposition fausse quand il dit, d'une manière absolue, que le légataire *universel de l'usufruit* (c'est-à-dire *de l'usufruit universel*) acquittera la rente *dans son intégrité*. L'usufruitier, évidemment, ne doit la totalité de la rente que quand il a l'usufruit de la totalité des biens; or, il arrive souvent que l'usufruitier universel, malgré son nom, n'a qu'une quote-part de la jouissance. En effet, le legs, fait en propriété, de toute la portion disponible des biens, est un legs universel (art. 1004 et 1006), et par conséquent le legs de l'usufruit de cette portion disponible contient un usufruit universel. Ainsi, quand Titius, qui a pour héritier son fils, vous lègue l'usufruit de tous ses biens disponibles, ces biens disponibles n'étant alors que la moitié de son patrimoine (art. 913), vous ne jouirez que de cette moitié, et par conséquent, quoique vous soyez un usufruitier universel, vous ne payerez que la moitié de la rente viagère de 600 francs, de même que vous ne payeriez que la moitié *du capital* des dettes si vous étiez légataire universel, c'est-à-dire légataire *de la propriété* de la portion disponible (art. 1009). L'article s'exprime donc inexactement quand il dit, sans distinguer, que l'usufruitier universel doit acquitter la rente entière; il suffisait de dire, sans entrer dans aucun détail, que le léga-

taire d'un usufruit universel ou à titre universel payerait les arrérages *en proportion de son droit de jouissance.*

III. — 526. Ce second vice de rédaction de notre article n'est pas le dernier... Ce n'est pas seulement sur le *légataire* de l'usufruit universel ou à titre universel que tombe l'obligation de payer dans la proportion de sa jouissance les intérêts des dettes, et par conséquent les arrérages d'une rente viagère ou d'une pension alimentaire ; c'est sur toute personne qui acquiert un semblable usufruit à titre gratuit, c'est-à-dire ou par testament, ou par donation, ou par succession.

Ainsi, Titius a pour unique héritier son frère ; il meurt léguant à son neveu, fils de ce frère, la nue propriété de tous ses biens : par là, le frère se trouve être, à titre de succession légitime, usufruitier universel : il est clair que c'est lui qui devra payer en entier la rente viagère de 600 francs que le défunt a léguée à un vieux serviteur. — Supposons encore que Titius ait pour héritier dans une ligne son père, et dans l'autre un cousin maternel : le père prendra, d'après les art. 753 et 754, la moitié d'abord de la succession, puis l'usufruit du tiers de l'autre moitié ; en sorte qu'il aura en pleine propriété moitié, et en usufruit quatre sixièmes, tandis que le cousin aura la moitié en nue propriété, et seulement deux sixièmes d'usufruit. Il suit de là que le père devra les quatre sixièmes de la rente ou 400 francs, et que le cousin n'en payera que 200, quoique dans ce cas, comme dans le cas précédent, il n'y ait eu aucun legs d'usufruit. — Il en serait de même, enfin, dans le cas d'une donation : ainsi, je vous donne les trois quarts de l'usufruit de mes biens ; vous devrez payer les trois quarts des intérêts de mes dettes, et entre autres les trois quarts de la rente viagère que je dois à telle personne. En effet, si j'ai un revenu brut de 12 000 francs, avec 4 000 francs de charges annuelles (ce qui réduit le revenu net à 8 000 fr.), il est clair que je n'ai pas entendu vous donner un revenu net de 9 000 francs pour rester chargé d'acquitter 4 000 francs d'intérêts avec 3 000 francs de recettes !

Il ne s'agit donc pas seulement d'un *légataire* de l'usufruit universel ou à titre universel, mais bien de tout acquéreur de cet usufruit à titre gratuit, et notre article pèche par trop de restriction. L'art. 612, lui, pèche par excès contraire, quand il parle sans distinction de tout usufruitier universel ou à titre universel. L'obligation d'acquitter les intérêts ou revenus passifs n'existe pas pour l'acquéreur à titre onéreux ; quand je vous achète l'usufruit de tous vos biens, je ne dois pas l'intérêt de vos dettes, c'est vous qui devez payer cet intérêt avec le produit annuel de la somme que je vous paye.

C'est là ce qui arriverait pour la propriété : celui à qui vous donnerez l'universalité de vos biens doit payer toutes vos dettes ; tandis que celui qui vous achèterait ces mêmes biens n'en payerait aucune : vous les payeriez avec le prix de la vente. On conçoit parfaitement la raison de cette différence : dans l'aliénation à titre onéreux, vous ne vous dépouillez pas absolument de votre avoir : il y a seulement *échange* de

certaines valeurs contre des valeurs d'autre espèce ; votre avoir change seulement de nature et peut toujours faire face aux charges qui le grevaient précédemment. Quand vous donnez, au contraire, vous n'attribuez les biens à un tiers qu'en les soumettant proportionnellement aux charges qui les grèvent ; attendu que les valeurs actives, dans ce cas, s'anéantissant *absolument* d'un côté pour se placer ailleurs, c'est bien le cas de dire : *Non sunt bona nisi deducto œre alieno.* — Toutefois, comme les dettes d'une personne frappent sur l'ensemble du patrimoine, et non sur tel bien particulier plutôt que sur tel autre, c'est seulement le don de l'universalité ou d'une quote de l'universalité qui entraîne transmission des dettes ; le don à titre particulier ne produit pas cet effet.

IV. — 527. Un dernier vice à reprocher à l'art. 610, c'est de ne faire tomber l'obligation de l'usufruitier que sur la rente viagère *léguée par un testateur qui a aussi légué l'usufruit ;* l'article pèche, ici encore, par trop de restriction : il suffit que la rente viagère se trouve, par une cause quelconque, à la charge du patrimoine dont l'usufruit universel ou à titre universel m'arrive à titre gratuit. Ainsi, Titius, qui m'a donné entre-vifs l'usufruit de la moitié de ses biens, ou qui me l'a légué en mourant, ou qui me l'a laissé arriver par succession légitime (parce que j'étais son seul héritier et qu'il a légué à un tiers toute la nue propriété et l'autre moitié de la jouissance) ; Titius, dis-je, avait consenti une rente viagère au profit de Séius, soit par donation entre-vifs, soit pour un capital que Séius lui versait, soit comme prix d'un immeuble que Séius lui livrait : il est clair que dans tous ces cas je devrai la moitié de la rente (puisque j'ai la moitié de la jouissance du patrimoine), quoique cette rente n'ait pas été léguée.

527 *bis.* Ainsi modifié, l'art. 610 présente encore une omission ; car il ne parle que des rentes viagères et pensions alimentaires, et il est clair que sa règle s'applique également aux rentes perpétuelles : les arrérages d'une telle rente n'étant que les revenus passifs d'un capital qui reste toujours dû, il est évident que l'usufruitier universel ou à titre universel doit les acquitter en proportion de sa jouissance. La loi n'a pas pris la peine de parler de ces rentes, attendu que, pour elles, le capital existant *réellement,* on ne pouvait pas douter que les arrérages ne fussent de simples revenus tombant à la charge des fruits ; elle devait, au contraire, parler des rentes viagères, parce que leur capital, le principe producteur des arrérages, n'ayant qu'une existence légale, on aurait pu croire qu'une partie de ces arrérages devait être considérée comme fraction du capital et mise pour cette raison à la charge de la nue propriété. Au moyen de notre article, il n'y a plus de difficulté, et c'est la jouissance qui reste chargée d'acquitter les arrérages de toutes les rentes, quelles qu'elles soient.

V. — 528. En définitive donc, et pour présenter les cinq modifications que nous avons indiquées, l'art. 610 devrait être rédigé ainsi : « Celui qui acquiert *à titre gratuit* un *usufruit universel ou à titre universel,* est tenu d'acquitter *en proportion de sa jouissance,* et sans au-

cune répétition, les pensions alimentaires et les arrérages de rentes *perpétuelles* ou viagères *qui frappent sur le patrimoine.* »

VI. — 529. Mais maintenant, ce n'est pas seulement les pensions alimentaires et les arrérages de rentes que doit acquitter l'acquéreur gratuit d'un usufruit universel ou à titre universel : c'est aussi les intérêts de toutes dettes, quelles qu'elles soient, frappant sur le patrimoine, de la totalité ou d'une quote-part duquel il a la jouissance; le capital de ces dettes restant d'ailleurs, bien entendu, à la charge du nu propriétaire. C'est ce que déclare l'art. 612, en présentant trois moyens d'arriver à ce résultat.

Avant de parler de ces trois moyens, l'article indique comme nécessaire une opération préliminaire qui la plupart du temps sera parfaitement inutile. Le Code dit que, pour connaître la proportion pour laquelle l'usufruitier devra payer, non pas les *dettes,* malgré l'expression inexacte du premier alinéa, mais les *intérêts de ces dettes,* comme le prouvent les deux autres alinéa, le Code dit qu'il faudra d'abord estimer les biens soumis à l'usufruit (1). Mais on n'aura *jamais* besoin de cette estimation pour l'usufruit universel, et elle ne sera utile que *quelquefois* dans l'usufruit à titre universel.

En effet, l'usufruit universel est celui qui frappe sur tous les biens, ou sur la quotité disponible de ces biens, laquelle est ou des trois quarts, ou de la moitié, ou du tiers, ou du quart, selon les cas (art. 915 et 913). Donc on saura toujours, immédiatement et sans aucune estimation, que l'usufruitier universel doit la totalité des intérêts s'il n'y a aucun héritier à réserve, les trois quarts s'il existe un ascendant dans une ligne, la moitié s'il existe un enfant ou des ascendants dans les deux lignes, le tiers s'il existe deux enfants, le quart enfin s'il en existe trois ou un plus grand nombre.

Quant à l'usufruit à titre universel, il n'exigera non plus aucune estimation quand il frappera sur une quote-part, une fraction de l'ensemble des biens, le tiers, le quart, le sixième, etc.; car l'usufruitier devra subir alors une égale fraction des intérêts. L'estimation ne sera donc nécessaire que quand l'usufruit à titre universel frappera sur tous les immeubles, ou sur tous les meubles, ou sur une quote-part des uns ou des autres. Dans ce cas, mais dans ce cas seulement, il faudra estimer; et il y aura lieu d'estimer alors, non pas seulement comme le dit l'article, les biens soumis à l'usufruit, mais tous les biens du patrimoine, pour établir une proportion entre la valeur totale de ce patrimoine et celle des biens frappés d'usufruit : la fraction que présentera cette dernière, par rapport à la première, indiquera la fraction d'intérêts que l'usufruitier doit payer. Ainsi, quand l'ensemble du patrimoine vaut 100 000 francs et que les biens soumis à l'usufruit en valent

(1) L'article dit le *fonds* sujet à usufruit; c'est une nouvelle inexactitude qui prouve le peu d'attention qu'on a mis à la rédaction de nos articles. Il est clair qu'un usufruit universel ou à titre universel comprendra souvent plusieurs immeubles, puis de l'argent comptant, des meubles meublants, des capitaux placés, des rentes, etc., etc.

20 000, ces biens représentant le cinquième du patrimoine, l'usufruitier à titre universel payera le cinquième des intérêts des dettes.

529 *bis*. Il faudrait donc, pour faire disparaître les cinq inexactitudes que présentent nos deux alinéa, les remplacer par ces deux phrases : « L'acquéreur *à titre gratuit* d'un usufruit universel ou à titre universel est soumis au payement de l'*intérêt* des dettes. Pour fixer la contribution, on fait, *s'il y a lieu*, l'estimation des *biens* sujets à l'usufruit *et celle des autres biens* du patrimoine, et l'usufruitier doit l'intérêt en proportion de la valeur sur laquelle frappe son droit. »

VII. — 530. Quant aux trois modes par l'un desquels l'usufruitier doit fournir le payement des intérêts, nous les avons remarqués déjà dans l'explication des art. 607, n° II, et 609. Ce sera tout d'abord de vendre, jusqu'à concurrence du capital des dettes à payer, une portion des biens soumis à l'usufruit; de cette manière, le propriétaire supportera la perte du capital, et l'usufruitier celle de la jouissance. Si, au lieu de faire vendre, le propriétaire veut bien payer de ses deniers, l'usufruitier lui payera, pendant toute la durée de l'usufruit, l'intérêt de la somme déboursée. Que si, enfin, le propriétaire ne voulant ou ne pouvant pas payer de ses deniers, l'usufruitier consent à payer lui-même, pour éviter une vente qui pourrait lui être préjudiciable, il est clair qu'il paye pour le compte du propriétaire ; mais pour que l'intérêt reste à sa charge, il ne pourra exiger son remboursement qu'à la fin de l'usufruit (1).

VIII. — 531. Nous arrivons à l'acquéreur d'un usufruit à titre particulier : celui-là ne doit jamais l'intérêt d'aucune dette ; et c'est là ce que veut dire l'art. 611, sous une rédaction profondément vicieuse.

Pris à la lettre, cet article signifierait que l'acquéreur de l'usufruit d'un bien particulier n'est pas tenu de payer les *dettes* qui peuvent être hypothéquées sur ce bien; or, ceci n'avait pas besoin d'être dit : il est clair que cet acquéreur, ne prenant que la jouissance et non pas la propriété, ne pourrait devoir tout au plus que les *intérêts* et non pas le capital de la dette hypothéquée. Mais comme, d'un autre côté, l'acquéreur particulier de la propriété ne doit pas la dette hypothéquée (art. 1024 et 874), il s'ensuit que l'acquéreur particulier de l'usufruit ne doit pas non plus l'intérêt de cette dette, et c'est là, nous le répétons, ce que veut dire l'art. 611. En effet, c'est seulement des intérêts des dettes qu'il s'agit dans nos trois articles ; le Code parle dans le premier des intérêts ou arrérages des rentes, et dans les deux autres des intérêts des dettes ordinaires. Évidemment, ces deux derniers articles sont dans un rapport intime et s'expliquent l'un par l'autre : le premier applique à l'usufruitier particulier la règle que l'autre développe pour

---

(1) Ce n'est pas seulement du jour de la demande, c'est du jour de l'extinction de l'usufruit que courent de plein droit contre le nu propriétaire les intérêts du capital avancé par l'usufruitier. Cass., 23 avr. 1860 (Dev., 61, I, 544 ; Dall., 60, I, 228).

l'usufruitier universel ou à titre universel ; c'est en les comparant l'un à l'autre que le Code déclare que ce dernier *doit contribuer au payement des dettes,* tandis que le premier *n'est pas tenu des dettes,* alors même qu'elles sont hypothéquées sur le fonds. Or, nous venons de voir que, pour imposer à l'usufruitier le payement des *intérêts,* l'art. 613 se sert de l'expression inexacte de payement des *dettes;* c'est donc de ce même payement des intérêts que notre article entend dispenser l'usufruitier particulier quand il dit qu'il n'est pas tenu des dettes.

Ainsi, l'usufruitier particulier ne doit ni l'intérêt, ni, à plus forte raison, le capital d'aucune dette, pas plus de celles auxquelles le bien est hypothéqué que des autres. — Mais, quand la dette est hypothéquée, il peut arriver que l'usufruitier particulier, qui n'en doit pas même l'intérêt, se trouve forcé d'en payer même le capital. Le créancier hypothécaire pouvant faire vendre l'immeuble pour se payer sur le prix, l'usufruitier, s'il veut éviter cette expropriation pour conserver sa jouissance, sera contraint de payer la dette. Mais, bien entendu, le payement qu'il aurait effectué lui donnerait recours, non pas seulement contre le *propriétaire* du bien, comme le dit l'article, mais surtout et d'une manière plus complète contre le *débiteur* de la dette, lequel peut bien n'être pas le même que ce propriétaire.

Prenons une hypothèse : Titius, dans les biens duquel se trouve une maison d'une valeur de 50 000 francs, et dont le passif comprend, entre autres charges, une dette de 8 000 francs, hypothéquée sur cette maison, lègue l'usufruit de la maison à Primus, et sa nue propriété à Secundus ; puis il meurt, laissant Paul pour unique héritier. Paul ne concourant avec aucun autre héritier, ni aucun légataire universel ou à titre universel, est seul tenu de la dette de 8 000 francs, comme des autres dettes de la succession ; c'est lui seul qui en doit le capital et les intérêts : ni Primus, usufruitier de la maison, ni Secundus, qui en est le propriétaire, ne doivent rien de cette dette. Cependant le créancier des 8 000 francs, si l'héritier ne le paye pas à l'échéance, peut venir saisir la maison pour la faire vendre aux enchères, et notre usufruitier, qui aime mieux débourser les 8 000 francs, et perdre ainsi, jusqu'à nouvel ordre, 400 francs d'intérêt, que de perdre la jouissance d'une maison qu'il peut louer 2 000 francs, l'usufruitier, disons-nous, paye le créancier. Dans ces circonstances, l'art. 611 nous dit qu'il aura recours contre le propriétaire. C'est vrai ; car, en empêchant la vente, il a conservé à celui-ci sa propriété, il a fait utilement son affaire, et par conséquent il a droit à se faire rendre par lui les 8 000 francs qu'il a déboursés. Mais il a recours aussi évidemment et avant tout contre l'héritier débiteur de la dette, dont l'affaire a été faite par le payement de cette dette. Et non-seulement il a recours contre le débiteur aussi bien que contre le propriétaire, mais son recours est plus étendu contre le premier. En effet, en payant la dette, il a fait l'affaire de ce débiteur pour le tout, et il a droit d'exiger de lui, non pas seulement le capital de 8 000 francs, mais aussi les intérêts, pour tout le temps qui aura pu s'écouler depuis le jour où il a payé jusqu'au jour où il est remboursé.

Au contraire, il n'a fait l'affaire du propriétaire qu'en tant qu'il a soustrait à l'expropriation la nue propriété, et il a fait la sienne propre en tant qu'il a soustrait à cette expropriation la jouissance qui lui appartient à lui-même ; s'il avait laissé vendre, on aurait vendu son propre droit de jouissance comme le droit du nu propriétaire : les dépenses qu'a nécessitées l'affaire, les 8 000 francs versés, tombent donc à la charge du propriétaire quant au capital seulement, et à sa propre charge pour les intérêts. — Ainsi l'usufruitier qui, par suite de l'action hypothécaire, a payé la dette frappant sur le bien, a le choix ou de demander immédiatement au débiteur le capital et les intérêts de ses débours, ou bien de ne lui demander que les intérêts, en demandant le capital au propriétaire, qui le redemandera ensuite à cet héritier.

Que si le débiteur de la créance hypothéquée était en même temps le propriétaire du bien (soit parce que le défunt n'aurait légué à personne la nue propriété de la maison, qui appartiendrait ainsi à l'héritier, soit parce que l'hypothèque consentie par le défunt l'avait été non pour sa propre dette, mais pour la dette d'un tiers, lequel est devenu ensuite, par un legs ou autrement, le nu propriétaire de la maison), il est clair que l'usufruitier n'aurait qu'un recours unique, pour le capital et les intérêts, contre cet individu, propriétaire et débiteur tout ensemble. — Ce que nous disons pour l'usufruitier particulier s'appliquerait également, bien entendu, au légataire universel ou à titre universel, sauf les modifications résultant de ce que ce dernier doit subir pour son propre compte la totalité ou une fraction des intérêts. Ainsi, quand l'usufruitier universel ou à titre universel aura payé, comme il vient d'être dit, la dette hypothécaire d'un bien soumis à l'usufruit, il aura son recours, soit contre le débiteur, soit contre le propriétaire, pour le capital déboursé, puisqu'il ne doit pas ce capital. Quant aux intérêts, il n'en pourra rien réclamer s'il a la jouissance de l'universalité du patrimoine; que s'il ne jouit que des trois quarts, il pourra demander un quart des intérêts; s'il ne jouissait que d'un tiers, il en pourrait demander deux tiers, et ainsi de suite.

IX. — 532. Notre article, après avoir énoncé ces deux propositions principales, que l'usufruitier particulier ne doit pas les dettes même hypothéquées sur le fonds, et que s'il les paye il a son recours, ajoute : *sauf ce qui est dit à l'art.* 1020. Il semblerait, à s'en tenir à la rédaction de l'article, que l'art. 1020 apporte un changement au nôtre, et indique quelque circonstance dans laquelle l'usufruitier se trouve obligé au payement de la dette hypothécaire. Il n'en est rien cependant, et l'on ne voit pas trop quelle utilité peut avoir ce renvoi à l'art. 1020. Cet article dit simplement que le légataire d'un bien sur lequel frappe une hypothèque ne peut pas, en principe, exiger qu'on dégage ce bien avant de le lui livrer; mais qu'il le pourrait si le testateur l'avait positivement ordonné. Ainsi, tout le rapport que cet article présente avec le nôtre, c'est que si le bien particulier dont l'usufruit vous est légué est frappé d'une hypothèque que le testateur a ordonné de faire disparaître en même temps qu'on vous livrerait l'immeuble, vous ne serez

plus exposé à payer la dette hypothécaire, et il n'y aura plus lieu dès lors à l'application de notre article.

Ce renvoi à l'art. 1020 était donc parfaitement inutile, puisqu'il revient à dire : « Ces règles sur l'usufruit d'un bien hypothéqué ne s'appliqueraient plus, si le bien, hypothéqué d'abord, avait été débarrassé de l'hypothèque avant l'entrée en jouissance de l'usufruitier. » Une telle idée n'avait pas besoin, assurément, d'être écrite dans la loi.

La disposition totale de notre article pourrait donc se formuler ainsi : « L'usufruitier d'un bien particulier n'est pas tenu de l'intérêt des dettes, même de celles auxquelles ce bien serait hypothéqué. Que si, comme il peut arriver, il se trouvait forcé, pour conserver sa jouissance, de payer ces dettes, il aurait son recours soit contre le débiteur pour le capital et les intérêts, soit contre le propriétaire non débiteur pour le capital seulement. Du reste, le testateur peut toujours ordonner que le bien soit remis, à l'usufruitier, libre de toutes les hypothèques qui le grèvent. »

533. Il a été dit au conseil d'État par MM. Tronchet et Treilhard (Fenet, XI, p. 182), et Proudhon pose en conséquence comme règle de droit (IV, 1834), que notre article ne dispense pas l'usufruitier particulier d'acquitter les arrérages de la rente foncière établie sur le bien. Mais c'est là, selon nous, une erreur profonde et évidente (1).

Lorsque la rente foncière méritait vraiment ce nom; quand elle était un démembrement de la propriété de l'immeuble, démembrement que l'ancien propriétaire s'était réservé en aliénant le fonds, il est clair que l'acquéreur, n'obtenant pas la pleine propriété du bien, ne pouvait léguer ce bien, soit en propriété, soit en usufruit, que dans l'état où il l'avait lui-même, c'est-à-dire démembré par la rente, et que dès lors le légataire de l'usufruit devait subir les arrérages de cette rente : c'était une servitude dont il devait supporter l'exercice. Mais aujourd'hui qu'il n'y a plus de vraie rente foncière, de rente affectant l'immeuble; aujourd'hui que cette rente n'est plus que la dette d'un capital, une dette mobilière comme toute autre, laquelle n'empêche pas l'acquéreur d'avoir la pleine et libre propriété du bien, il est palpable que cette dette d'argent tombe au rang de toutes les autres, et que les intérêts, les arrérages de la rente ne sont dus que par l'usufruitier universel ou à titre universel.

MM. Tronchet et Treilhard n'ont pas compris ceci et se sont arrêtés à l'idée contraire; mais ce n'est pas une raison assurément pour en faire une règle de droit. Il n'y a de loi que ce qu'a voté le Tribunat et décrété le Corps législatif; or, le Corps législatif et le Tribunat n'ont pas même connu l'idée fausse des deux conseillers.

613. — L'usufruitier n'est tenu que des frais des procès qui concernent la jouissance, et des autres condamnations auxquelles ces procès pourraient donner lieu.

(1) *Conf.* Demolombe (X, n° 528); Aubry et Rau (II, § 231, note 30, p. 448). *Contrà :* Nîmes, 17 juin 1856 (Dev., 57, II, 225; Dall., 57, II, 129).

I. — 534. Quand l'usufruitier doit-il supporter les dépens et frais divers que peuvent occasionner des procès survenant, pendant la durée de l'usufruit, relativement aux biens soumis à cet usufruit? Il faut distinguer d'abord si l'usufruit a été établi à titre gratuit ou à titre onéreux.

Pour l'usufruitier à titre gratuit, il faut encore distinguer si le procès concerne seulement le droit de jouissance, ou la nue propriété seulement, ou enfin la pleine propriété du bien.

Dans le premier cas, l'usufruitier seul supporte les frais : ainsi, quand un testateur a légué à Pierre la nue propriété, et à Paul l'usufruit d'une ferme, et que l'héritier, sans critiquer le legs de la nue propriété, élève des contestations sur le legs de l'usufruit, les frais que l'usufruitier pourrait payer, soit parce qu'il perdrait sur quelque chef, en gagnant sur les autres, soit parce que l'héritier perdant sur tous les points se trouverait hors d'état de payer les frais auxquels il est condamné, ces frais, évidemment, resteraient pour le tout à la charge de l'usufruitier, sans que le nu propriétaire dût y contribuer.

Si c'est, au contraire, la nue propriété qui donne lieu au débat; si, par exemple, dans l'hypothèse ci-dessus, c'est le legs de Pierre qui est critiqué par l'héritier, il est clair que c'est Pierre seul qui supportera les frais.

Mais si le procès concernait la pleine propriété du bien, par exemple, si un tiers vient exercer la revendication de la ferme ou d'une partie de cette ferme, en prétendant qu'elle n'appartenait pas au défunt, ou s'il prétend qu'il a sur cette ferme un droit de servitude ou d'hypothèque, alors plusieurs sous-distinctions sont nécessaires : 1° si le procès est gagné par le tiers, mais sans que l'usufruitier ait été mis en cause, comme alors le nu propriétaire n'avait pas qualité pour plaider au nom de cet usufruitier, celui-ci n'est tenu ni de respecter le jugement (qu'il peut attaquer par tierce opposition), ni dès lors de payer aucuns frais; 2° si, l'usufruitier étant en cause avec le nu propriétaire, le procès est également perdu par eux, mais sans qu'il s'ensuive extinction de l'usufruit (parce qu'il ne s'agissait que d'une revendication partielle, d'une servitude, etc.), c'est le cas, puisqu'il s'agit d'une charge qui est venue frapper la pleine propriété, d'appliquer le principe de l'art. 609, en imposant les frais au propriétaire pour la propriété (c'est-à-dire pour le capital) des sommes à payer, et à l'usufruitier pour la jouissance de ces sommes (c'est-à-dire pour les intérêts); 3° si, l'usufruitier étant toujours en cause avec le propriétaire, ils ont succombé dans un procès dont la perte entraîne l'extinction de l'usufruit (parce qu'il s'agissait de la revendication totale du bien), alors, comme il n'est plus possible de faire consister la contribution de l'usufruitier dans le payement des intérêts pendant la durée de l'usufruit, puisqu'il n'y a plus d'usufruit, et que cependant cette contribution est indispensable, puisque le procès était le sien comme celui du propriétaire, on établira la proportion de ce que l'usufruit peut valoir (eu égard à l'âge et aux forces de l'usufruitier) relativement à la nue propriété, et l'usufruitier payera

les frais dans cette proportion ; 4° dans le cas, au contraire, où le procès serait gagné, l'usufruitier, quoique n'ayant pas été appelé, devrait néanmoins contribuer aux frais que l'insolvabilité de l'adversaire empêcherait de recouvrer (car il ne peut pas se plaindre de n'avoir pas été représenté par le propriétaire dans un débat qui se trouve couronné de succès), il en payerait les intérêts comme dans le cas du 2°.

II. — 535. Quand l'usufruit est établi à titre onéreux, comme alors celui qui l'a constitué se trouve obligé, d'après les principes généraux, à en garantir le libre exercice au cessionnaire, ce constituant serait tenu de supporter les frais du procès relatif à la jouissance, comme il devrait, dans le cas où le résultat du procès serait l'extinction de l'usufruit, lui restituer (en outre de ces frais et de tous autres) le prix moyennant lequel la cession avait été faite ou le bien livré en échange (*voy.* art. 1630 et 1707).

Remarquez bien que c'est le *constituant,* celui qui a établi l'usufruit, qui est tenu de ces obligations vis-à-vis de l'usufruitier, et non pas le *nu propriétaire,* comme certains auteurs le disent par inadvertance et en parlant *de eo quod plerumque fit.* Sans doute, la plupart du temps, le constituant sera aussi le nu propriétaire; mais le contraire pourra bien arriver souvent, et ce ne sera pas le nu propriétaire qui sera tenu alors de garantir l'usufruitier. Ainsi, quand celui qui m'a vendu l'usufruit a vendu à Paul, soit en même temps, soit plus tard, la nue propriété, il est clair que le nu propriétaire Paul n'est tenu à aucune garantie vis-à-vis de moi ; je ne puis jamais m'adresser qu'au constituant ou à ses successeurs universels.

614 — Si, pendant la durée de l'usufruit, un tiers commet quelque usurpation sur le fonds, ou attente autrement aux droits du propriétaire, l'usufruitier est tenu de le dénoncer à celui-ci : faute de ce, il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter pour le propriétaire, comme il le serait de dégradations commises par lui-même.

SOMMAIRE.

I. L'usufruitier possède en même temps son usufruit, bien incorporel, et le bien corporel qui en est l'objet; il possède le premier pour lui-même, et le second pour le propriétaire. — Des actions possessoires et pétitoires lui compètent pour l'un, comme elles compètent au propriétaire pour l'autre.

II. S'il se commet contre le fonds un trouble concernant la nue propriété, l'usufruitier doit le dénoncer au propriétaire. — Effet, vis-à-vis du propriétaire, du jugement rendu entre l'usufruitier et un tiers.

III. Délais et formes dans lesquels l'usufruitier doit faire la dénonciation.

IV. Effet, vis-à-vis de l'usufruitier, du jugement rendu entre le propriétaire et un tiers.

I. — 536. En même temps qu'il possède pour lui-même et à titre de maître son bien incorporel, son usufruit, dont la possession consiste dans l'exercice du droit, l'usufruitier possède aussi, mais au nom et pour le compte du propriétaire, le bien sur lequel cet usufruit frappe ; ou plutôt c'est ce propriétaire qui le possède par lui : il est l'instrument

de celui-ci. Ainsi, quand nous sommes, vous usufruitier, moi propriétaire d'une ferme, vous possédez pour vous et par vous-même *votre usufruit* de la ferme; puis vous possédez pour moi, ou plutôt c'est moi-même qui possède par vous, la ferme sur laquelle porte votre usufruit. Ces deux idées résultent l'une et l'autre de l'art. 2228, qui dit, quant à la première, que « la possession est... la jouissance... d'un droit... que nous exerçons »; et quant à la seconde, que « la possession est aussi la détention... d'une chose... que nous tenons... par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient... en notre nom. »

Ainsi, dans cette hypothèse de l'usufruit d'une ferme (et il en serait de même dans tout autre cas), il existe deux immeubles, deux propriétaires, deux possesseurs : — deux immeubles, savoir un immeuble corporel, la ferme, qui est à moi; puis un immeuble incorporel, l'usufruit, qui est à vous; — deux propriétaires, moi à qui appartient la ferme, vous à qui appartient l'usufruit; — deux possesseurs, moi qui possède ma ferme par vous, et vous qui possédez votre usufruit par vous-même. Donc, il peut s'élever pour vous comme pour moi des questions, soit de possession, soit de propriété; et il existe pour vous comme pour moi des actions possessoires et des actions pétitoires.

536 *bis*. On sait qu'on appelle *pétitoires* les actions relatives à la propriété, *possessoires* celles relatives à la possession, et qu'on dit même substantivement le *possessoire*, le *pétitoire* pour signifier le débat sur la possession ou sur la propriété. Pour réussir au possessoire, il est nécessaire et il suffit de posséder depuis une année révolue (art. 23 C. pr., 2243 C. Nap.). Quand je possède depuis une année, on doit me maintenir en possession; que si je réclame une possession que j'ai perdue depuis moins d'une année et qui durait depuis plus d'un an, on doit me la rendre; quand je suis ainsi maintenu ou réintégré dans ma possession, je demeure maître de la chose jusqu'à ce que mon adversaire prouve qu'il en est le propriétaire. On voit par là combien il est important d'être maintenu ou réintégré dans la possession, dans le cas (assez fréquent) où aucun des deux adversaires n'aurait des preuves de la propriété... Les questions de possession se portent devant le juge de paix; la question de propriété ne peut être agitée que devant le tribunal civil.

Ceci posé, quand un tiers prétend qu'il avait depuis plus d'un an la possession, c'est-à-dire l'exercice de l'usufruit, et que l'exercice que vous en avez aujourd'hui a été usurpé par vous depuis quatre mois, six mois, huit mois, enfin depuis moins d'une année, il y a action possessoire relative à l'usufruit; que si ce tiers, reconnaissant que vous aviez la possession, l'exercice de l'usufruit, depuis plus d'un an, prétend que l'usufruit, cet immeuble incorporel que vous possédez, lui appartient, il y a action pétitoire relative encore à l'usufruit. Réciproquement, si c'est vous, quand ce tiers est en possession, qui venez prétendre qu'il ne possède pas depuis un an, et que dès lors la possession plus qu'annale que vous aviez auparavant doit vous être restituée, c'est encore une action possessoire relative à l'usufruit; que si, reconnais-

sant qu'il possède depuis plus d'un an, vous prétendez que l'usufruit, l'immeuble incorporel par lui possédé, vous appartient, il y a action pétitoire relative toujours à cet usufruit. Dans tous ces cas, l'affaire ne concerne que vous et me reste étrangère, à moi nu propriétaire. — Si, au contraire, c'est la possession ou la maîtrise de la nue propriété qui est en contestation entre deux personnes qui reconnaissent toutes deux votre droit d'usufruit, il y a action possessoire ou pétitoire relative à l'immeuble corporel, action qui ne vous concerne plus. — Si enfin c'est la pleine propriété qui est en litige, l'action concernant alors les deux immeubles, corporel et incorporel, les deux propriétés ou les deux possessions, l'action ne peut être intentée par le tiers que contre vous et moi réunis, ou par vous et moi contre ce tiers.

II. — 537. Ceci bien compris, arrivons à la règle portée par notre article. Si un tiers vient se mettre en possession de la ferme ou exercer sur elle des actes supposant un droit quelconque, il faut distinguer avant tout si l'acte peut nuire, oui ou non, à mes droits de nu propriétaire. Quand l'acte ne peut pas nuire, par exemple, si c'est parce que le tiers se prétend cessionnaire de votre droit d'usufruit qu'il s'est emparé du bien, il est clair que cet acte ne me regarde pas et que le débat doit se passer entre vous et lui, sans que vous ayez besoin de m'avertir de ce qui arrive. Mais si l'acte peut me nuire (et c'est ce qui arrivera le plus souvent), par exemple, si le tiers agit en plein propriétaire, ou s'il prétend exercer sur le fonds un droit de passage ou toute autre servitude, alors, en outre de ce que vous pouvez intenter en votre nom propre les actions nécessaires pour faire cesser le trouble qu'on apporte à votre jouissance, vous devez encore m'avertir de ce qui arrive, afin que j'agisse aussi pour le maintien de mes droits. Vous devez m'avertir pour que j'agisse ; car, en ce qui concerne la nue propriété, vous n'avez pas le droit d'agir vous-même : vous êtes chargé de garder et de surveiller dans mes intérêts, mais vous n'avez pas capacité pour plaider en mon nom. Si vous agissiez contre le tiers pour votre usufruit et ma nue propriété tout ensemble, le tiers ne serait pas tenu de vous répondre, et le juge, sur le refus du tiers de procéder contre un individu qui n'a pas qualité, ne pourrait pas prononcer (1).

Si cependant le tiers consentait (ce qui serait fort imprudent de sa part, ainsi qu'on va le voir) à plaider contre l'usufruitier seul, en l'acceptant ainsi pour mon représentant, voici ce qui arriverait : l'usufruitier gagnant, je gagnerais valablement par lui ; cet usufruitier aurait été, non pas mon mandataire, puisque je ne lui avais pas donné de pouvoir, mais mon gérant d'affaires, et comme le tiers ne pourrait pas se plaindre, puisque ce serait bénévolement et par suite d'un contrat tacite, formé entre lui et mon usufruitier, qu'il aurait eu celui-ci pour

(1) Jugé que l'usufruitier d'un fonds sur lequel le propriétaire voisin a commis une usurpation a qualité pour intenter l'action en revendication du terrain, et les tribunaux ne peuvent se borner à lui attribuer seulement des dommages-intérêts représentatifs de la jouissance dont il se trouve privé. Cass., 5 mars 1850 (Dev., 50, I, 377 ; Dall., 50, I, 781).

adversaire, la condamnation du tiers serait valable. Que si, au contraire, l'usufruitier avait succombé, le tiers ne pourrait pas m'opposer le jugement; car je n'ai pas été régulièrement représenté, je n'ai pas consenti à être remplacé dans le débat par l'usufruitier, et la gestion d'affaire dont celui-ci s'est chargé n'a pas été *utile* pour moi (art. 1375).

Ainsi donc, du moment qu'il s'agit d'un acte qui peut me nuire, l'usufruitier (à moins que le tiers ne veuille bien plaider contre lui pour ce qui me concerne, et que lui, usufruitier, ne soit sûr de réussir) doit m'avertir de ce qui se passe, et il serait responsable du préjudice que pourrait me causer le défaut d'avertissement. Par exemple, dans la ferme dont on vient de me léguer la nue propriété se trouve une lisière de bois dont la propriété est très-équivoque, attendu que la ligne séparative des héritages n'est indiquée de ce côté ni par des bornes, ni par des fossés, etc., ni par aucun renseignement des titres, soit de mon auteur, soit du voisin; seulement j'ai pour moi la possession et je connais ceux qui ont ébranché les arbres pour mon auteur il y a trois ans. Dans ces circonstances, si l'usufruitier, voyant le voisin ébrancher cette lisière, néglige de me le faire savoir, et lui laisse, par son silence, acquérir une possession annale, il me doit la valeur de cette lisière, pour laquelle ma possession se serait avec le temps changée en propriété. Que si, huit ou neuf mois après la coupe faite par le voisin, l'usufruitier, sans m'avertir, avait intenté contre lui une action possessoire, dans laquelle il aurait succombé parce qu'il ne connaissait pas les renseignements que je connaissais moi-même et que les faits n'arrivent à ma connaissance qu'après l'expiration de l'année, on comprend que le résultat sera le même. Au reste, l'usufruitier étant, ainsi qu'on l'a vu, l'instrument par lequel le propriétaire possède, il s'ensuit que s'il parvenait plus tard à reconquérir la possession annale, avant que la prescription fût acquise au voisin, cette possession serait par lui acquise au propriétaire, qui se retrouverait ainsi placé dans le même état que devant.

III. — 538. L'art. 1768, appliquant au fermier vis-à-vis de son bailleur l'obligation que notre article impose à l'usufruitier de dénoncer au propriétaire les usurpations qui se commettent sur le fonds, l'oblige à le faire dans le délai des assignations, c'est-à-dire huit jours francs, plus un jour par 3 myriamètres (1) de distance entre la ferme et le domicile du bailleur (C. pr., art. 72 et 1033). Cette règle, évidemment, devra s'appliquer aussi à l'usufruitier s'il jouit par lui-même.

Que si le fonds soumis à l'usufruit est exploité par un fermier, comme tout ce qui concerne la jouissance regarde l'usufruitier, que dès lors le fermier est l'homme de l'usufruitier, ce fermier devra faire sa dénonciation à l'usufruitier dans le délai ci-dessus, puis l'usufruitier aura un délai semblable pour en faire part au propriétaire quand ce sera nécessaire.

---

(1) Cinq myriamètres aujourd'hui, depuis la loi du 3 mai 1862 (C. pr., art. 1033 nouveau).

Il est évident, du reste, que l'usufruitier ne serait pas passible de dommages par cela seul qu'il n'aurait averti qu'après le délai légal; il faudrait de plus que ce fût le retard de l'usufruitier qui fût cause du préjudice souffert par le propriétaire. Mais, au contraire, si pressantes que soient les circonstances, l'usufruitier ne sera jamais responsable tant qu'il aura dénoncé avant l'expiration du délai légal.

Il est inutile de dire que l'usufruitier ne doit pas se contenter d'une dénonciation par lettre missive. Il doit se mettre en mesure de prouver qu'il a rempli son obligation; par conséquent, il doit faire faire sa dénonciation par acte d'huissier, ou du moins, s'il la fait autrement, se faire donner par le propriétaire une reconnaissance de la dénonciation et de sa date, ou s'en procurer un autre moyen de preuve.

IV. — 539. On vient de voir que les jugements rendus sur la pleine propriété entre l'usufruit et un tiers qui a bien voulu plaider avec lui seul, au lieu d'appeler aussi le nu propriétaire, profitent à ce nu propriétaire quand l'usufruitier gagne, et ne lui sont pas opposables quand cet usufruitier perd. Or, il en serait de même, réciproquement, pour l'usufruitier, des jugements rendus entre un tiers et le nu propriétaire seul. Si le tiers plaidant sur la propriété entière, c'est-à-dire sur la jouissance comme sur la nue propriété, n'a pas appelé l'usufruitier et a bien voulu prendre le nu propriétaire pour adversaire unique, le jugement rendu contre ce tiers produira son effet pour la jouissance comme pour la nue propriété, puisqu'il a volontairement accepté le débat avec le propriétaire qu'il a consenti à prendre comme représentant et gérant d'affaires de l'usufruitier; mais si le propriétaire a perdu, l'usufruitier n'est pas tenu de respecter le jugement, car lui n'a pas consenti à être défendu et remplacé par ce propriétaire : il pourra former tierce opposition.

615. — Si l'usufruit n'est établi que sur un animal qui vient à périr sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est pas tenu d'en rendre un autre, ni d'en payer l'estimation.

616. — Si le troupeau sur lequel un usufruit a été établi, périt entièrement par accident ou par maladie, et sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est tenu envers le propriétaire que de lui rendre compte des cuirs ou de leur valeur.

Si le troupeau ne périt pas entièrement, l'usufruitier est tenu de remplacer, jusqu'à concurrence du croît, les têtes des animaux qui ont péri.

SOMMAIRE.

I. Différence entre l'usufruit portant sur des animaux distincts et déterminés et celui qui porte sur un troupeau.

II. Le troupeau forme un objet unique de l'usufruit, objet que l'usufruitier doit toujours maintenir au même état. Mais l'usufruitier n'est pas tenu d'employer à cet effet d'autres animaux que ceux provenant du troupeau. Controverse.

III. L'usufruit du troupeau ne s'éteint que quand ce troupeau périt tout entier.

L'usufruitier doit alors rendre les peaux des bêtes *en nature*, comme il le doit également en cas d'animaux distincts; à moins, dans ces deux cas, qu'il n'y ait impossibilité de les rendre.

I. — 540. Il faut faire une grande différence entre l'usufruit frappant sur un seul animal ou même sur plusieurs animaux considérés comme autant d'individus distincts, et celui qui frappe sur un ensemble d'animaux formant un troupeau. Dans le premier cas, qui est celui de l'art. 615, il y a autant d'objets de l'usufruit que d'animaux; dans le second, que prévoit l'art. 616, l'usufruit n'a qu'un seul objet, le troupeau, la collection des animaux pris dans leur ensemble et comme formant une unité (1).

Quand l'usufruit porte spécialement et divisément sur chacun des animaux, par exemple sur quinze ou vingt chevaux dont la jouissance vous a été léguée, la mort (arrivée sans votre faute) d'un ou de plusieurs éteint l'usufruit quant à eux, et le laisse subsister *comme avant* pour les autres. Ainsi, quand sur les vingt chevaux dix sont morts, vous jouirez des autres d'après le même mode que par le passé; en sorte que si ce sont des juments qui vous restent, les poulains qu'elles pourront vous donner vous appartiendront comme fruits, sans que le propriétaire puisse exiger de vous que vous éleviez dix de ces poulains pour remplacer les chevaux morts : quant à ces chevaux morts, tout est fini; chacun d'eux était un objet spécial de l'usufruit, lequel s'est éteint pour eux par la perte de la chose, d'après l'alinéa 6 de l'art. 617.

II. — 541. Au contraire, quand l'usufruit est établi sur un troupeau, objet unique et indivisible de la jouissance, ce troupeau, comme tout autre objet d'un usufruit, doit être perpétuellement entretenu et maintenu dans son premier état; il faut prendre pour le réparer une partie de ses produits, lesquels n'appartiennent à l'usufruitier que sous la déduction de l'entretien. Ainsi, les vieilles têtes qui meurent, ou qui deviennent incapables de produire, doivent être enlevées et remplacées sur ce croît; et si la moitié même du troupeau vient à périr en une seule année, les petits qui naîtront ensuite doivent être gardés pour le faire remonter peu à peu au niveau où il était d'abord et qu'il doit toujours conserver. — Au reste, nous ne pensons pas, comme Proudhon (III, 1095) et M. Zachariæ (II, p. 14, note 12), que l'usufruitier doive reconstituer le troupeau, même au moyen du prix des jeunes animaux antérieurement vendus; il n'est tenu, selon nous, d'employer au remplacement que 1° les animaux qui naîtront après l'événement, et 2° ceux qui déjà nés se trouvent encore en sa possession au moment de cet événement. C'est sur les produits de la chose, et en tant qu'elles peuvent se faire avec des produits, que l'usufruitier doit les réparations de cette chose; c'est pour cela que la loi ne lui impose par les grosses réparations : c'est donc avec le croît qu'il doit entretenir le troupeau, et dès lors on ne peut pas exiger qu'il *achète* des animaux, sous prétexte qu'il

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Usufruit, n°s 264 et suiv.).

a eu du profit dans les années antérieures; il doit seulement, à partir de l'instant même de l'événement, cesser de faire aucun profit jusqu'à la réintégration du troupeau. Si le législateur avait adopté l'idée que nous combattons, il aurait imposé à l'usufruitier les grosses réparations jusqu'à concurrence de tous les profits par lui recueillis dans les années antérieures. Ces mots de notre article, *jusqu'à concurrence du croît,* signifient donc, d'après l'ensemble des principes, *sur le croît,* c'est-à-dire au moyen des animaux qui existent ou qui viendront postérieurement. En effet, suppléer aux têtes mortes par les produits actuels et postérieurs d'un troupeau, en s'abstenant désormais de tout profit, c'est le fait d'un loyal administrateur; mais débourser un *capital* pour recompléter le troupeau immédiatement, c'est un sacrifice qu'on ne doit attendre que d'un propriétaire. Tel est aussi le sentiment de M. Duranton (IV, n° 630).

III. — 542. Lorsque le troupeau périt tout entier, l'usufruit s'éteint par la perte de la chose, et l'usufruitier, qui ne répond pas de cette perte si elle est arrivée sans sa faute, est seulement tenu de rendre au nu propriétaire ce qui reste de la chose, c'est-à-dire les peaux des bêtes, les cuirs; que s'il ne représente pas ces cuirs, il en doit la valeur. Nous disons que l'usufruitier doit *rendre les cuirs :* c'est là ce que la loi entend par l'expression inexacte *rendre compte des cuirs;* ce qui prouve que la loi entend par là l'obligation de remettre ces cuirs en nature, c'est qu'à côté de cette première obligation, elle présente secondairement celle d'en payer la *valeur.*

On comprend, du reste, que si l'usufruitier avait été obligé par les règlements de police d'enterrer les animaux morts à cause de la maladie dont ils étaient frappés, il serait complétement libéré vis-à-vis du nu propriétaire en constatant ce fait; par exemple, en présentant un certificat du maire de la commune.

Au surplus, cette obligation de remettre les peaux des bêtes existe aussi bien pour l'usufruit d'animaux déterminés que pour celui d'un troupeau : dans ce cas, comme dans l'autre, l'usufruitier n'avait que le droit de jouir des animaux; du moment que ces animaux sont morts et l'usufruit éteint, son droit est anéanti, et il ne pourrait pas plus conserver les restes de l'animal qu'il ne pourrait conserver le terrain nu sur lequel existait la maison soumise à l'usufruit et qui vient d'être brûlée (art. 624).

543. Mais c'est seulement quand le troupeau périt *entièrement* que l'usufruit s'éteint; tant qu'il reste quelques têtes, n'en restât-il que quatre ou cinq sur un troupeau de soixante bêtes ou plus, l'usufruitier ne peut pas être contraint de les abandonner et de renoncer à l'espoir de reconstituer peu à peu le troupeau pour en tirer plus tard des profits. Aussi notre article ne parle pas de rendre avec les cuirs les bêtes qui pourraient exister encore, ce qu'il aurait fait s'il n'avait pas entendu parler d'une destruction complète. — Nous rejetons donc comme trop subtile et contraire à l'esprit de notre Code cette idée des Romains, que, quand il n'existe plus que trois ou quatre têtes, il n'y a plus *un*

troupeau. L'art. 617, au lieu de demander, comme la loi romaine, un simple changement grave dans la chose, *mutationem rei*, demande la *perte totale* de cette chose. D'ailleurs ne peut-on pas, en empruntant précisément la subtilité des Romains, dire qu'il existe toujours un troupeau, un troupeau très-petit, il est vrai, mais qui peut, avec le temps, remonter au niveau de ce qu'il était d'abord?...

SECTION III.

COMMENT L'USUFRUIT PREND FIN.

617. — L'usufruit s'éteint,

Par la mort naturelle et par la mort civile (1) de l'usufruitier;

Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé;

Par la consolidation ou la réunion sur la même tête, des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire;

Par le non-usage du droit pendant trente ans;

Par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi.

SOMMAIRE.

I. Dix causes d'extinction de l'usufruit.

II. Première cause. La mort naturelle ou civile de l'usufruitier. — L'usufruit ne peut pas plus durer que la vie de l'usufruitier et passer à ses héritiers. On peut bien établir, par un seul acte, plusieurs usufruits successifs au profit de plusieurs personnes, mais il faut que ces personnes existent toutes lors de l'établissement de l'usufruit.

III. La mort civile éteint également l'usufruit, lequel ne peut jamais renaître aujourd'hui par la rentrée dans la vie civile.

IV. Deuxième cause. L'échéance du terme. C'est dans ce cas que rentrent les art. 619 et 620. — Le terme marqué n'est jamais qu'un *maximum*, avant l'expiration duquel l'usufruit s'éteindrait toujours, soit par la mort de l'usufruitier, soit par toute autre cause.

V. Troisième cause. La consolidation, ou acquisition de la propriété par l'usufruitier. Fausse définition du Code et de MM. Toullier, Duranton et Demante.

VI. L'usufruit éteint par consolidation renaît quand l'acquisition de la nue propriété est résolue *ex causâ antiquâ et necessariâ*.

VII. Quatrième cause. Le non-usage. C'est la prescription à l'effet de se libérer. — Il suffit, pour y faire obstacle, que l'usufruitier jouisse par un autre, même par un simple gérant d'affaires.

VIII. Cinquième cause. La destruction de la chose. Il faut qu'il y ait destruction entière. Les art. 623 et 624 ne sont que l'application de cette règle.

IX. Suite. Observations sur la destruction juridique des Romains.

I. — 544. Les causes de l'extinction de l'usufruit sont au nombre de dix : cinq sont indiquées par notre article; la sixième l'est par l'article suivant; la septième se trouve présentée implicitement par l'article 622; et les trois dernières résultent des principes généraux du droit. — Ces dix causes d'extinction sont :

1° La mort naturelle ou civile (2) de l'usufruitier;

(1-2) La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854.

2° L'échéance du terme marqué;
3° La consolidation;
4° Le non-usage pendant trente ans;
5° La destruction réelle et totale de la chose;
6° L'abus de jouissance de l'usufruitier;
7° La renonciation, à titre gratuit ou onéreux, de l'usufruitier;
8° La prescription à l'effet d'acquérir, ou usucapion;
9° L'accomplissement de la condition résolutoire imposée à l'usufruit;
10° Enfin, la résolution du droit de constituant.

II. — 545. La première cause d'extinction, c'est la mort naturelle ou civile de l'usufruitier. — L'usufruit finit souvent avant la mort naturelle de l'usufruitier, mais il ne peut jamais durer au delà et ne peut pas être transmissible aux héritiers de cet usufruitier. C'est qu'en effet, l'usufruit, anéantissant pendant sa durée la propriété du bien (puisque cette propriété, séparée de la jouissance, n'a plus de valeur qu'en considération et par l'expectative de l'extinction future de l'usufruit), ne pouvait pas être permis perpétuellement ou pour une trop longue durée. En conséquence, le Code, conformément aux principes de l'ancienne jurisprudence et du droit romain, ne l'autorise que pour la durée de la vie de l'usufruitier; et l'usufruit qu'on aurait constitué pour une personne *et ses héritiers* n'en serait pas moins restreint à la vie de cette personne.

Il est vrai que je puis établir un usufruit au profit de plusieurs personnes successivement; en sorte que rien ne m'empêche de dire que la jouissance de mon bien, après avoir appartenu à Pierre pendant toute sa vie, passera par sa mort à Paul, son fils. Mais remarquons bien que je ne puis faire cela qu'au profit de personnes actuellement existantes, puisque l'usufruit ne pouvant pas se transmettre par héritage, et ne pouvant être acquis qu'à la personne à laquelle on l'attribue spécialement et personnellement, il faut que ces personnes soient actuellement capables de recevoir une libéralité (s'il s'agit d'une constitution gratuite), ou de contracter par elles-mêmes, ou par un tuteur ou autre représentant (s'il s'agit d'une constitution à titre onéreux). Ainsi, je puis bien donner, léguer ou vendre un droit d'usufruit à Pierre et à l'enfant de Pierre, mais c'est seulement à son enfant actuellement vivant; en sorte que cet enfant prendra plus tard l'usufruit, non pas comme héritier de son père, mais comme ayant à cet usufruit un droit à lui propre et résultant de la vente, de la donation ou du legs qui lui en ont été faits. De cette manière, l'usufruit, quoi qu'on fasse, ne pourra jamais durer plus que la vie d'une personne. C'est dans ce sens qu'il faudrait entendre l'acte dont l'auteur aurait dit : *Je donne ou je lègue l'usufruit de tel bien à Pierre, et après lui à ses descendants,* ou bien encore, *à ses héritiers.* Il ne s'agirait que des descendants ou des héritiers déjà existants lors de l'attribution de l'usufruit, c'est-à-dire le jour même ou de la donation, ou de la mort du testateur.

III. — 546. Et ce n'est pas seulement la mort naturelle de l'usufruitier qui fait cesser l'usufruit, c'est aussi sa mort civile (1).

On ne voit pas la raison d'une semblable règle, et nous ne croyons pas qu'il en existe d'autre qu'une routine aveugle. En droit romain, l'usufruit s'éteignait par toute *diminution de tête,* et cela était logique dans cette législation (*voy.* t. I, nos 100 et 101), notre ancienne jurisprudence, voyant dans la mort civile quelque chose d'analogue à la grande *diminution de tête,* et ne comprenant pas la différence profonde qui séparait les deux législations, admit par routine l'extinction de l'usufruit par cette mort civile (Pothier, *Du Douaire,* n° 247), et notre article a reproduit par routine l'ancienne jurisprudence. Cette règle de notre article est d'autant plus étrange que, par une idée peu conciliable avec elle, l'art. 1982 déclare que la rente viagère ne s'éteint pas par la mort civile de celui pour la vie duquel elle est établie. La seule raison qu'on ait donnée de l'art. 1982, c'est que la plupart du temps la rente viagère est établie à titre d'aliments. Mais d'abord, il en est souvent autrement; et, d'autre part, l'usufruit s'établit fréquemment aussi à titre d'aliments. Au reste, la loi est formelle; et si injuste que puisse devenir dans bien des cas l'application de notre article, on ne pourra pas s'y soustraire tant que cet article n'aura pas été modifié.

Si, après avoir été frappé de mort civile, l'usufruitier recouvrait la vie civile, soit par l'effet de la clémence du chef de l'État, soit même par un acquittement prononcé après les cinq années qui ont suivi la condamnation par contumace, l'usufruit ne renaîtrait pas, puisque, comme on l'a vu sous l'art. 30, la mort civile une fois encourue n'est jamais enlevée rétroactivement, et conserve à toujours les effets qu'elle a produits, en cessant seulement, à partir de la *résurrection,* d'en produire de nouveaux. Nous ne reviendrons pas ici sur la critique de cette disposition, dont il nous faut bien accepter les conséquences, si injustes qu'elles puissent être : c'est là, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, une triste dérogation à notre ancienne jurisprudence, d'après laquelle la cessation de la mort civile s'opérait rétroactivement; en sorte que l'usufruit renaissait, ou plutôt était censé ne s'être jamais éteint (Pothier, *Du Douaire,* n° 247, alin. 7).

IV. — 547. La seconde cause d'extinction indiquée par notre article, c'est l'échéance du terme, quand le constituant ou la loi en a indiqué un. Ainsi, quand le donateur ou le testateur a dit, ou quand les parties, dans un contrat à titre onéreux, sont convenues que l'usufruit ne durerait que dix ans, il est bien clair que cet usufruit cessera à la fin de la dixième année depuis son ouverture. De même si, d'après l'acte constitutif, l'usufruit doit s'éteindre quand l'usufruitier ou telle personne tierce atteindra tel âge, cette clause s'exécutera; que si le tiers dont l'âge avait été pris pour terme mourait avant l'âge indiqué, l'usufruit, comme de raison, continuerait jusqu'à l'époque à laquelle le tiers aurait atteint cet âge s'il avait continué de vivre (mais il n'en se-

(1) La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854.

rait pas de même, ainsi qu'on va le dire bientôt, si c'était l'âge de l'usufruitier lui-même qu'on eût pris pour terme et que cet usufruitier mourût plus tôt). Ainsi encore, l'usufruit légal des père et mère s'éteint ou quand l'enfant est émancipé, ou quand il accomplit sa dix-huitième année. Ainsi enfin, l'usufruit accordé à une commune, à un établissement public, à une corporation; en un mot, à une personne morale, et non à un ou plusieurs particuliers, s'éteint par le terme de trente ans, d'après la disposition formelle de l'art. 619. Dans ce cas, en effet, la personne morale pouvant vivre pendant bien des siècles, on ne pouvait plus se contenter de la première cause d'extinction, et la loi devait fixer un délai raisonnable après lequel l'usufruit s'éteindrait de plein droit.

C'est un point controversé que celui de savoir si, par une convention formelle, on pourrait étendre à plus de trente années l'usufruit concédé à une personne morale. Proudhon (I, 331) et M. Duranton (IV, 633) tiennent pour l'affirmative; M. Zachariæ répond négativement (II, p. 23), et nous adoptons ce dernier sentiment. En effet, le délai de trente ans chez nous (comme celui de cent ans chez les Romains) est pour l'usufruit d'une personne morale ce qu'est le terme de la vie pour l'usufruit des particuliers; il ne doit donc pas plus être permis de dépasser l'un que l'autre... Il est bien vrai que l'emphytéose est permise pour quatre-vingt-dix-neuf ans; mais qu'importe! L'emphytéose a ordinairement pour but la réalisation de constructions ou autres travaux considérables qu'on ne se propose jamais en cas d'usufruit ordinaire, et qui exigent que l'on permette une durée plus longue du droit. Aussi, tandis que l'emphytéose pourrait se transmettre d'un auteur à ses héritiers, l'usufruit ordinaire ne le peut pas. Il ne faut donc pas raisonner de l'emphytéose à l'usufruit.

547 *bis*. Dans tous les cas où un terme est apposé à l'usufruit, soit par l'homme, soit par la loi, ce terme n'est pas un point que l'usufruit doive atteindre; c'est seulement un point qu'il ne peut dépasser, et avant l'échéance duquel il cessera si une autre cause d'extinction se réalise. Ainsi, il est de toute évidence que l'usufruit cesserait si, avant le terme marqué, il y avait destruction de la chose, renonciation de l'usufruitier, etc. Il cesserait également par la mort de cet usufruitier : ainsi, l'usufruit concédé jusqu'au moment où tel âge sera atteint, soit par l'usufruitier, soit par un tiers, cessera si l'usufruitier meurt avant ce moment; c'est une conséquence nécessaire de ce que l'usufruit n'est pas transmissible aux héritiers. De même, l'usufruit accordé à une personne morale cesserait si cette personne morale cessait d'exister, par exemple, si l'établissement public était détruit avant l'échéance de trente ans. Décider le contraire, dire que, malgré la mort de l'usufruitier, la jouissance pourra dans certains cas (et d'après une question d'intention à décider par les circonstances) continuer jusqu'au terme indiqué, c'est dire que l'usufruit est transmissible aux héritiers. Mais alors, où s'arrêtera-t-on, et qui empêchera d'établir l'usufruit pour un terme d'une longueur démesurée ou pour plusieurs générations? Que

deviendra la règle fondamentale que l'usufruit ne peut durer que la vie d'un homme au plus?

V. — 548. Une nouvelle cause d'extinction de l'usufruit, c'est sa consolidation. — Quand l'usufruitier d'un bien en acquiert, par une cause quelconque, la nue propriété, il en devient plein propriétaire, et dès lors son droit de jouissance, qui précédemment n'était que viager, et pouvait d'ailleurs s'éteindre par de nombreuses causes, devient indépendant, absolu et perpétuel pour lui et les siens; l'acquisition de la nue propriété par l'usufruitier vient donc affermir et *consolider* l'usufruit. Mais cette consolidation de l'usufruit en est aussi l'extinction; car l'usufruit ne se consolide ainsi qu'en devenant une partie de la pleine propriété, un simple usufruit causal, et, par conséquent, en cessant d'exister comme usufruit formel, comme usufruit véritable. La jouissance que l'individu avait comme usufruitier, il l'a maintenant comme propriétaire ordinaire. Ce n'est donc plus un usufruit, une servitude, puisque *res sua nemini servit*.

Mais pour que l'usufruit, ce droit de jouissance, s'éteigne ainsi par la cause même qui l'affermit, pour qu'il s'éteigne par sa propre consolidation, il est bien évident qu'il faut que la jouissance de l'usufruitier continue. Ainsi, quand l'usufruitier, au lieu de recevoir la nue propriété que vous lui vendez ou donnez, vous donne ou vend son usufruit, il est bien clair que ce n'est pas en se consolidant que cesse alors sa jouissance, puisqu'elle finit absolument... Rien n'est donc plus illogique, plus mal compris, plus faux, que cette phrase de notre article qui définit la consolidation « la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire. » Quand ma jouissance s'arrête à titre d'usufruitier pour continuer désormais, plus grande et plus complète, à titre de propriétaire, il y a consolidation de cette jouissance; mais quand cette jouissance se brise absolument, ne me dites pas qu'elle se consolide! Aussi n'a-t-on jamais appelé consolidation que l'acquisition de la nue propriété par l'usufruitier : *Si usufructuarius rei proprietatem acquisierit* (*Inst.*, l. 2, t. 4, § 4; Pothier, *Du Douaire*, 254); et on ne comprend pas que Toullier (III, 455), M. Duranton (IV, 666) et M. Demante (I, 629) aient reproduit ici la définition du Code.

On ne peut évidemment pas tenir compte de cette définition, laquelle paraît ne s'être glissée dans le Code que par inadvertance; car aucune observation n'a été faite à son égard, ni au Corps législatif, ni au Tribunat, ni même au conseil d'État : elle a passé inaperçue et telle qu'elle avait été mise dans la rédaction primitive. Et en effet, si elle avait été prise à dessein, s'il y avait eu résolution arrêtée de remplacer l'ancienne idée par cette idée fausse, il aurait fallu supprimer toutes les autres causes d'extinction qu'énumèrent notre article et l'article suivant, moins une seule; il aurait fallu dire que l'usufruit ne s'éteint que 1° par la consolidation, et 2° par la destruction de la chose. En effet, s'il faut appeler désormais consolidation toute réunion sur la même tête de l'usufruit et de la nue propriété, il est clair que la mort de l'usufruitier, l'expiration du terme marqué, le non-usage pendant trente

ans, l'abus de jouissance de l'usufruitier, etc., ne seront plus que des cas de consolidation, puisque, dans toutes ces circonstances, il y a réunion de l'usufruit et de la nue propriété.

Ainsi, pour conserver à la consolidation sa signification vraie et le sens particulier qui la distingue des autres causes d'extinction, il faut dire qu'elle n'est rien autre chose que l'acquisition de la nue propriété par l'usufruitier.

VI. — 549. Quand l'acquisition faite de la nue propriété par l'usufruitier, laquelle a éteint son usufruit par consolidation, vient à être résolue, annulée, rescindée ; en un mot, toutes les fois que l'usufruitier peut être légalement réputé n'avoir pas acquis, il est bien clair que, par là même, son usufruit est réputé ne s'être pas éteint et qu'il continue toujours. — Ainsi, le nu propriétaire de la ferme dont j'ai l'usufruit m'en donne ou lègue la nue propriété, en sorte que je deviens plein propriétaire et vois s'éteindre mon usufruit. Mais, plus tard, l'héritier de mon donateur ou testateur attaque et fait briser la disposition, soit comme entamant la réserve, soit pour vices de forme dans l'acte, soit pour toute autre cause; il est évident que mon usufruit renaîtra ou plutôt sera déclaré avoir toujours duré en droit, en même temps que mon acquisition de la nue propriété sera brisée et déclarée n'avoir jamais eu d'existence légale. C'est ce que décidait Papinien (Dig., l. 7, t. 1, 57). — De même, si le nu propriétaire meurt après avoir légué la nue propriété à Paul sous une condition, qu'avant l'accomplissement de cette condition j'achète la nue propriété à l'héritier du défunt, et que, plus tard, la condition s'accomplissant fasse passer cette nue propriété au légataire, il est clair que cette nue propriété seule me sera enlevée et que mon usufruit me restera.

Le jurisconsulte Julien décidait cependant le contraire (Dig., l. 6, t. 4, 17) : son motif était sans doute que, dans ce cas, le titre d'acquisition, la vente faite par l'héritier n'est pas précisément annulée et ne se trouve sans effets que pour le temps postérieur à l'accomplissement de la condition; que l'héritier ayant été le vrai propriétaire tant que la condition n'était pas accomplie, et cette condition ne faisant pas disparaître rétroactivement sa propriété antérieure, il reste possible de dire en droit qu'une vente a été faite, et que l'acheteur, l'usufruitier, a été propriétaire depuis son achat jusqu'à l'arrivée de la condition; que, dès lors, la cause de la consolidation n'étant pas détruite, l'usufruit reste éteint. — Cette subtilité, contradictoire à tous les principes de la raison et de l'équité, est certes bien loin de l'esprit de notre droit; elle était déjà repoussée dans notre ancienne jurisprudence (Pothier, *Du Douaire,* 254, alin. 4 et 5). Et en effet, en présence d'un legs conditionnel de la nue propriété, l'héritier n'avait plus qu'un droit résoluble, commutable, menacé d'une destruction impossible à conjurer; c'est ce droit débile et imparfait qu'a acheté l'usufruitier, et la résolution qui le menaçait s'étant accomplie, il est vrai de dire que cet usufruitier n'a pas été un seul instant parfait propriétaire de la chose, et que dès lors la consolidation, telle que l'entend la loi, ne s'est jamais

réalisée. L'usufruit renaîtra donc ici comme dans tous les cas où la résolution de la propriété acquise par l'usufruitier s'accomplira *ex causâ antiquâ et necessariâ.*

Il est inutile de dire que si la nue propriété acquise par l'usufruitier se brisait par une cause postérieure à l'acquisition, *ex novâ causâ* (parce que lui-même vendrait ou donnerait le bien qu'il avait acquis), comme alors il a été parfait propriétaire de la chose, son usufruit ne renaîtrait pas. Cette vérité est palpable ; car s'il a aliéné la chose même, il ne peut prétendre contre l'acquéreur à un droit d'usufruit qu'il ne s'est pas réservé ; que s'il a déclaré n'aliéner que la nue propriété, c'est son acte même d'aliénation qui a créé un usufruit nouveau, et ce n'est pas l'ancien usufruit qui renaît. Mais, encore une fois, l'usufruit renaît toutes les fois que la résolution résulte d'une cause antérieure à l'acquisition et qui n'est pas l'œuvre de la volonté de l'usufruitier, *ex causâ antiquâ et necessariâ.*

VII. — 550. L'usufruit s'éteint, en quatrième lieu, par le non-usage.

Il ne s'agit pas ici de la prescription à l'effet d'acquérir ou *usucapion.* Sans doute, l'usufruit qui vous appartient sur tel bien peut être acquis par moi, et dès lors s'éteindre pour vous au moyen de la prescription ; c'est ce que nous verrons dans l'appendice qui suivra l'art. 624, à la fin de notre section ; mais pour cela il faut que je possède votre usufruit, que je l'exerce à votre place pendant le temps voulu. Ici, au contraire, il n'y a pas à considérer si un autre a usé de votre droit ; par cela seul que vous n'en usez pas, vous pouvez le perdre. — Pour devenir une cause d'extinction de l'usufruit, le non-usage doit être de trente années consécutives.

Ainsi, supposons deux bois voisins qui vous appartiennent, l'un en propriété, l'autre en usufruit seulement, et auxquels personne ne touche pendant plus de trente ans ; après ce délai, vous serez toujours propriétaire du premier, mais vous aurez perdu l'usufruit du second. En effet, le bien qui vous appartient ne peut pas vous être enlevé et attribué à un autre, par cela seul que vous restez fort longtemps sans en user ; il faudrait en outre qu'un autre en usât : à côté du défaut de possession, qui peut faire présumer de votre part une renonciation à votre droit, il faut rencontrer la possession effective d'un tiers qui en sera le maître à votre place. Que s'il s'agit, au contraire, non plus de l'acquisition d'une propriété, mais de la libération d'un débiteur, il est tout naturel que cette libération résulte du défaut d'exercice et de réclamation du droit de la part du créancier. Quand vous restez trente ans sans réclamer vos droits contre moi, la loi me déclare quitte, parce qu'elle voit dans ce long silence ou la renonciation à vos droits, ou même l'aveu que ces prétendus droits n'existent pas. Or, l'usufruit et les autres servitudes sont véritablement des dettes imposées au bien sur lequel elles frappent ; et la loi, en conséquence, déclare, dans notre article et dans l'art. 706, que les servitudes personnelles, comme les servitudes réelles, s'éteignent par le non-usage pendant trente années.

Du reste, il n'est pas nécessaire que l'usufruitier jouisse par lui-même; il suffit que quelqu'un jouisse en son nom. Ainsi, quand un donataire, un acheteur, un locataire, un procureur, etc., exploitent la ferme dont j'ai l'usufruit, on ne peut pas dire qu'il y ait non-usage. Bien plus, quand même celui qui l'exploiterait n'aurait aucun titre pour le faire et n'aurait reçu de moi aucun ordre; quand même il se serait chargé de ce soin à mon insu, du moment qu'il agit en mon nom et dans mon intérêt, il devient mon représentant, mon *gérant d'affaires,* et mon usufruit se conserve. C'est en dehors de toutes ces circonstances qu'il faut chercher le non-usage de l'usufruitier : *Non utitur fructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine ejus alius, puta qui emit, vel qui conduxit, vel qui donatus est, vel qui negotium ejus gerit* (Dig., l. 7, t. 1, 38).

550 *bis.* Dans ce même passage, Marcien décide que si j'ai vendu mon usufruit et que l'acheteur n'en jouisse pas, l'usufruit ne s'éteindra cependant pas par le non-usage, pourvu que moi, je jouisse du prix : parce que, ajoute Gaïus, celui qui jouit du prix de la chose est censé jouir de la chose même (*ibid.*, 39). — Ailleurs (Dig., l. 13, t. 1, 11), on dit que si l'usufruit est légué pour chaque année, il y a autant d'usufruits que d'années; en sorte qu'il ne peut jamais y avoir lieu à extinction pour non-usage, puisque c'est un usufruit nouveau qui recommence avec chaque année. — Ces décisions ne nous paraissent pas admissibles dans notre droit. Dans le premier cas, si l'acheteur de l'usufruit, ni personne pour lui, n'a joui du bien pendant trente années, il est clair que ce bien a recouvré sa libération, et que votre acheteur a perdu sa jouissance par sa négligence, par sa renonciation tacite. Qu'importe que vous ayez joui de votre prix de vente? Ce prix n'est pas l'objet de l'usufruit... D'ailleurs, l'extinction ne vous nuit pas, à vous; vous avez votre prix, vous le conserverez. — Dans le second cas, l'usufruit s'éteindrait certainement par trente ans de non-usage, quoique le testateur eût dit : Je lègue tel usufruit à Pierre pour chacune des années qu'il vivra. Car, en définitive, cette formule n'ajoute rien, ne retranche rien, ne change rien à l'usufruit ordinaire; c'est toujours le droit de jouir jusqu'à sa mort qu'on donne au légataire. Toutes ces subtilités sont loin, et heureusement, d'être dans l'esprit de notre Code (1).

VIII. — 551. La cinquième cause d'extinction de l'usufruit, et la dernière de celles que présente notre article, c'est la destruction de la chose.

Il est bien clair que quand l'objet soumis à l'usufruit cesse d'exister, l'usufruit s'éteint forcément. Mais il faut, pour qu'il y ait extinction totale, que cette chose périsse en entier; car, si elle continuait de subsister pour partie, l'usufruit ne s'éteindrait que quant à la partie détruite. C'est ce que déclare le dernier alinéa de notre article, et aussi les art. 616, 623 et 624. — Ainsi, quand l'usufruit est établi sur un château comprenant une maison, divers autres bâtiments, un jardin,

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Usufruit, n°s 639 et suiv.).

un parc, etc., et que quelques bâtiments, ou même tous les bâtiments, viennent à brûler ou à se détruire par toute autre cause, l'usufruit continuera sur le jardin, le parc, les bâtiments encore existants, et même sur le terrain de ceux qui viennent d'être détruits et sur les matériaux qui en proviennent. C'est qu'en effet, l'usufruit ne porte pas alors en particulier sur chaque bâtiment et sur telle partie des terres formant quatre, cinq ou six objets de cet usufruit : il frappe sur un objet unique, qui est le domaine dans son ensemble. Or ce domaine existe toujours après la destruction des bâtiments ; l'usufruit continue donc et frappe sur ce domaine dans l'état où il est aujourd'hui (art. 624, alin. 2); vous ne perdez que les parties de la chose qui se trouvent détruites, les constructions aujourd'hui anéanties. Il en serait de même si votre usufruit était établi sur une seule maison qui ne se trouvât détruite qu'en partie et dont une portion pourrait encore être habitée; l'usufruit, dans ce cas, n'étant pas éteint et continuant sur cette dernière portion, continuerait par là même sur le sol et les matériaux de la partie détruite (art. 623).

Mais si, au contraire, l'usufruit n'est établi que sur une maison et que cette maison soit détruite en entier, comme alors nous n'avons plus de maison, l'objet de l'usufruit, cet usufruit s'éteint, et l'usufruitier perdant cette qualité n'a plus droit ni sur le sol de la maison, ni sur les matériaux en provenant (art. 623, alin. 1). Et il en serait ainsi encore s'il s'agissait de plusieurs maisons formant autant d'objets distincts de cet usufruit. Ainsi, quand vous avez l'usufruit de sept ou huit maisons, alors même qu'elles ne formeraient qu'un seul ténement, et que l'une d'elles vient à périr, votre usufruit continuera bien sur les autres maisons, mais vous ne jouirez ni du sol ni des matériaux de celle qui est détruite; car l'usufruit portant alors spécialement et divisément sur la maison n° 1, sur la maison n° 2, etc., la ruine d'une de ces maisons offre la perte *totale* de l'un des objets, et par conséquent produit extinction totale du droit, lequel, étant ainsi anéanti, ne peut pas plus subsister sur les débris de la chose que sur la chose même qui n'existe plus.

En deux mots : tant que l'objet ou l'un des objets de l'usufruit ne périt qu'en partie, l'usufruit, trouvant toujours un objet, continue ; et puisqu'il continue, il portera sur cet objet entier, dans l'état où il est maintenant. Mais quand l'objet, unique ou non, peu importe, périt en entier, l'usufruit s'éteint, et par conséquent ne peut plus porter sur quoi que ce soit. C'est d'après ce double principe que l'usufruitier d'un ou de plusieurs animaux ne formant pas l'unité appelée *troupeau* voit s'éteindre entièrement son droit sur chacun des animaux qui meurent, et en doit rendre les cuirs, quoique son usufruit continue sur les animaux survivants; tandis que l'usufruitier d'un troupeau n'a de cuirs à rendre que quand ce troupeau périt tout entier.

551 *bis*. Maintenant qu'arrivera-t-il si le bâtiment dont la destruction a éteint l'usufruit est reconstruit, soit par l'ex-usufruitier, soit par le propriétaire? Ceci ne nous paraît offrir aucune difficulté. Et d'abord, la

reconstruction de l'édifice, peu importe par qui elle est faite, ne peut faire revivre l'usufruit qui s'est une fois éteint; il n'en peut pas être de ce cas comme du cas de consolidation, où l'acquisition de la nue propriété par l'usufruitier peut se trouver nulle en droit, et réputée légalement non avenue : la reconstruction ne fait pas et ne peut pas faire qu'il n'y ait pas eu destruction, et que l'usufruit n'ait pas été éteint et absolument éteint. Décider le contraire, ce serait dire que la perte de la chose n'éteint pas l'usufruit, mais seulement en suspend l'exercice, et que cet usufruit ne serait vraiment éteint qu'autant qu'il s'écoulerait trente ans avant la reconstruction; ce serait, en définitive, transporter ici la règle portée par les art. 704 et 706 pour les servitudes réelles, et dire que l'usufruit ne s'éteint pas par la perte de la chose, mais seulement par le non-usage. L'usufruit ne renaîtra donc pas. Seulement, si la reconstruction a été faite non par le propriétaire, mais par l'usufruitier, celui-ci sera un constructeur de mauvaise foi auquel on appliquera l'art. 555 : le propriétaire sera tenu ou de lui payer les sommes qu'il a déboursées, ou de lui laisser enlever les matériaux. — Que si la reconstruction avait été faite, soit par le propriétaire, soit par l'ex-usufruitier, en vertu d'une convention arrêtée entre eux, ou que cette convention fût intervenue après la construction, il est clair qu'on exécuterait ce contrat comme tout autre; et si l'une des clauses de ce contrat était la continuation de l'usufruit, cette clause aurait son effet. Mais ce serait là, en réalité, la création d'un usufruit nouveau, et non pas la continuation du premier (1).

IX. — 552. Nous n'avons parlé jusqu'ici que de la destruction réelle de la chose faisant l'objet de l'usufruit; parlons maintenant de ce qu'on a appelé sa destruction légale, juridique. D'après la loi romaine, ce n'était pas seulement la perte de la chose qui éteignait l'usufruit, c'était toute modification grave dans la *substance* (c'est-à-dire dans l'ensemble des qualités) de cette chose, tout changement de forme; l'usufruit finissait *rei mutatione, mutatâ formâ rei.* Ainsi, quand l'étang soumis à l'usufruit se trouvait desséché et transformé en une pièce de terre ordinaire, l'usufruit finissait parce qu'il n'y avait plus d'étang; réciproquement, quand une pièce de terre était inondée et devenait un marais, l'usufruit finissait parce qu'il n'y avait plus de pièce de terre; quand un bois était défriché et devenait terre de labour, quand un vignoble était changé en pâturage, ou un jardin en prairie, etc., même décision; quand il ne restait plus que quelques têtes d'un troupeau, ou encore quand un seul des quatre chevaux formant un quadrige mourait, l'usufruit s'éteignait, parce qu'il n'y avait plus de quadrige, plus de troupeau..... Ce système doit-il être admis chez nous, sinon dans toute sa rigueur, au moins en le modifiant un peu? Nous ne le pensons pas; nous ne pouvons pas croire que tel soit l'esprit du Code, et nous décidons franchement qu'il ne doit jamais être question chez nous que de la destruction réelle de la chose.

---

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Usufruit, n°s 684 et suiv.).

Et d'abord, où s'arrêterait-on? quelle serait la ligne de démarcation, en présence de cette théorie que personne n'ose suivre en entier, mais que quelques-uns veulent appliquer pour partie?... M. Duranton (IV, 686 à 689), après avoir reproduit ces espèces, finit par dire que sur tous ces points et autres analogues, *les circonstances détermineront les tribunaux*. Mais avant d'interroger les circonstances, il faut une règle, un principe; avant tout il faut ici savoir si le Code admet en principe l'extinction de l'usufruit par le changement de forme, *rei mutatione, mutatâ formâ rei*. Si l'on répond affirmativement, c'est alors que les tribunaux examineront, dans chaque affaire, si le changement de forme est ou n'est pas assez grave pour produire l'extinction. Or, ce principe nous semble inadmissible : l'arbitraire, le vague dans lequel nous jetterait son application, suffirait déjà pour nous faire croire que le Code n'a pas entendu l'adopter. Mais il est une autre raison qui nous paraît décisive.

En effet, parmi les hypothèses que nous avons indiquées, il en est plusieurs que tout le monde rejettera : ainsi, M. Duranton et Toullier lui-même (III, 462), tout imbu qu'il était du droit romain, reconnaissent que l'usufruit d'un troupeau ne s'éteindra chez nous que quand le troupeau aura péri tout entier; on rejetterait évidemment aussi cette idée, que la mort d'un seul cheval éteindrait l'usufruit sur les trois autres qui formaient avec lui l'attelage complet. On la rejetterait d'autant mieux que la subtilité romaine, en prononçant l'extinction pour le cas où le constituant aurait dit : « Je vous donne l'usufruit *de mon quadrige* », ne l'admettait pas quand il avait dit : « Je vous donne l'usufruit *de mes quatre chevaux!* » Dans ces cas et autres analogues, le doute ne serait pas possible, et on ferait bon marché du principe romain. Les hypothèses qui pourraient paraître plus graves sont celles de l'étang transformé en terre de labour, ou d'une pièce de terre changée en marais ; or, pour ces cas-là précisément, la théorie romaine n'existait qu'en paroles, et ces grands jurisconsultes, ordinairement si judicieux, se payaient là d'un mot vide de sens... Examinons de près leur doctrine, et nous allons voir que leur prétendue extinction par le changement de forme n'avait là aucune réalité : le nom existait, mais la chose n'existait pas.

En effet, après avoir décidé que dans ces différents cas l'usufruit s'éteignait, on disait que cet usufruit se retrouvait exister si les choses étaient remises à leur premier état avant le temps voulu pour l'extinction par le non-usage (Dig., l. 7, t. 1, 71, et t. 4, 56). C'est-à-dire que réellement l'usufruit ne s'éteignait pas alors par le *changement de forme,* mais par le *non-usage* que ce changement de forme entraînait. Comment donc notre législation simple et équitable consacrerait-elle aujourd'hui un prétendu principe auquel les Romains ne croyaient pas eux-mêmes?... Nous pensons donc que, pour qu'il y ait extinction par la perte de la chose, il faut chez nous une destruction réelle, physique, de cette chose; par exemple, quand j'avais l'usufruit d'une maison et que cette maison brûle ou s'écroule : car alors l'objet de l'usufruit,

c'était une maison, et il n'y a plus de maison. Mais quand on m'a légué ou vendu l'usufruit d'un hectare de terrain, que ce terrain se transforme de vignoble en bois taillis, de terre de labour en marais, d'herbage en jardin ou réciproquement, il y a toujours un hectare de terrain dont je jouirai de telle manière qu'il me sera possible ; car il n'est pas anéanti comme l'était la maison (sauf pour le propriétaire, dans le cas où la transformation serait mon fait, à me demander des dommages-intérêts, ou à faire prononcer, s'il y a lieu, l'extinction de l'usufruit par les tribunaux, pour abus de jouissance, conformément à l'article suivant).

553. Remarquons bien qu'avec cette doctrine, qui n'admet l'extinction de l'usufruit que par la perte réelle de la chose, par sa destruction physique, il reste encore vrai de dire que l'usufruit s'éteint par la perte de la *substance juridique,* qui rigoureusement n'est qu'un très-grave changement de forme; à la différence de la propriété, qui ne s'éteint que par la perte de la *substance physique,* par l'*anéantissement* proprement dit de la chose. En effet, quand cet édifice en pierres s'écroule de fond en comble, l'usufruit que j'en avais s'éteint, quoique les pierres existent toujours et continuent d'avoir une grande valeur; ces matériaux, dont je jouissais quand ils étaient assemblés, je n'en jouis plus aujourd'hui quand ils sont désunis : philosophiquement, physiquement, il n'y a eu qu'un changement de forme, qu'une modification dans la manière d'être des choses ; et cependant mon droit est brisé, tandis que celui du propriétaire existe toujours et ne disparaîtrait qu'autant que les choses seraient consommées, anéanties. On pourra donc toujours dire, si on le veut, que dans notre droit encore l'usufruit, à la différence de la propriété, s'éteint *mutatione rei.* Mais, du moins, ce sera une modification profonde, un changement de forme tellement grave que dans le langage de tous on ne l'appelle pas changement de forme, mais *destruction.* Ici le doute n'est plus possible, l'arbitraire n'est plus à craindre, et s'il reste encore quelque peu de vague dans les paroles, il n'en peut plus rester dans les idées : quand on m'a concédé l'usufruit d'une maison, d'un objet que je devais habiter ou faire habiter par d'autres, et qu'il n'y a plus que des pierres gisantes sur le sol, il est palpable que l'objet de mon usufruit est éteint; mais quand l'usufruit porte sur un hectare de terre, qu'importe que cette terre soit marécageuse ou sèche, qu'elle me donne du bois ou du raisin, du foin ou des blés? C'est toujours un hectare de terre, et les produits qu'elle donne importent peu.

618. — L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien.

Les créanciers de l'usufruitier peuvent intervenir dans les contestations, pour la conservation de leurs droits; ils peuvent offrir la réparation des dégradations commises, et des garanties pour l'avenir.

Les juges peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier, ou à ses ayants cause, une somme déterminée jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser.

I. — 554. Cet article nous présente la sixième cause d'extinction de l'usufruit : l'abus de jouissance de la part de l'usufruitier. Ce cas offre ceci de particulier, que l'extinction n'a pas lieu de plein droit, mais doit être prononcée par le juge. Et en effet, il y a des degrés, il y a du plus ou du moins, dans une jouissance irrégulière et illicite (1).

Les faits dont le propriétaire se plaint doivent donc être soumis à l'appréciation du tribunal, qui devra prononcer une sentence plus ou moins sévère, selon les circonstances (2).

II. — 555. Si les faits reprochés sont peu graves, et que l'usufruitier, ou quelqu'un pour lui, offre de faire les réparations nécessaires et de donner des garanties pour l'avenir, on pourra le maintenir dans sa jouissance, en acceptant les offres, bien entendu. — Si sa jouissance, au contraire, présente de graves abus, et qu'on ne puisse l'y maintenir sans exposer le propriétaire à un préjudice réel, les juges pourront lui enlever la jouissance pour la donner au propriétaire; mais ils ne devront le faire, en général, que sous l'obligation par le propriétaire de payer chaque année à l'usufruitier, jusqu'au moment où l'usufruit se serait éteint par quelque autre cause, une somme qui représente ou à peu près les avantages que la jouissance peut procurer. Ils pourraient aussi, évidemment, puisque notre article soumet la décision à intervenir à leur appréciation des circonstances, maintenir l'usufruit, en ordonnant les mesures conservatrices indiquées par les art. 602 et 603 pour les cas où l'usufruitier ne trouve pas de caution. Que si, enfin, l'administration de l'usufruitier présente des abus criants et dénote une mauvaise foi qui mérite punition, les tribunaux sont autorisés à prononcer l'extinction d'une manière absolue et sans aucune indemnité.

Dans la première et la troisième hypothèse, il n'y a pas extinction, puisque l'usufruitier est maintenu en jouissance au moyen des précautions prises. Dans la seconde, l'usufruit s'éteint et se transforme en une rente temporaire à fournir par le propriétaire; mais on pourrait dire que l'abus de jouissance est plutôt alors l'occasion que la cause directe de l'extinction, cause qui se trouve dans la vente forcée que l'usufruitier fait de sa jouissance au propriétaire, en sorte que le cas pourrait être considéré comme rentrant dans la septième cause d'extinction. Dans le

---

(1) Le nu propriétaire, au cas où l'usufruitier commet des abus de jouissance et ne répare pas les dégradations qu'il a commises, peut, à son choix, soit demander la déchéance de l'usufruit, soit agir afin de contraindre l'usufruitier à réparer immédiatement la chose et à payer des dommages-intérêts. Cass., 10 janv. 1859 (Dev., 59, I, 225; Dall., 59, I, 71).

(2) Voy. *Dict. not.* (v° Usufruit, n° 616); Demolombe (X, n° 722).

dernier cas, au contraire, il est clair que l'abus de jouissance est par lui seul et directement la cause extinctive de l'usufruit.

556. Du reste, il est évident que ce dernier moyen (lequel enrichit le propriétaire aux dépens de l'usufruitier, et fait ainsi exception à ce principe général du Code que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui, même d'un fripon) ne devra être employé que rarement et quand l'usufruitier méritera vraiment d'être puni d'une insigne mauvaise foi. — Et puisque c'est une mesure exceptionnelle, exorbitante, une véritable peine, on ne devra pas l'appliquer, quand elle frapperait, non pas sur l'usufruitier lui-même, mais sur ses créanciers. La réclamation de ces créanciers, dans les cas où ils ne pourraient pas offrir des garanties suffisantes pour faire maintenir l'usufruit, ne permettrait de prononcer l'extinction qu'au moyen de l'indemnité annuelle dont on a parlé plus haut, laquelle irait à ces créanciers. Que s'ils offraient une complète garantie de tout préjudice passé et futur, l'extinction ne devrait pas être prononcée.

619. — L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers, ne dure que trente ans.

620. — L'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe, dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé.

557. Ces deux articles se trouvent expliqués par le n° IV de l'art. 617; nous ajouterons toutefois une observation.

Et d'abord, on sait déjà qu'il ne serait pas vrai de dire que l'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait tel âge, quarante ans, par exemple, durera toujours jusqu'au moment où ce tiers aura atteint (ou aurait atteint, s'il n'était pas mort) sa quarantième année; car, avant ce moment, l'objet de l'usufruit peut périr; puis l'usufruitier peut renoncer, il peut y avoir prescription, abus de jouissance, etc.; et puis encore la mort de l'usufruitier arrivée avant ce moment éteindrait aussi l'usufruit. Notre art. 620 signifie donc seulement que l'usufruit accordé jusqu'à tel âge d'un tiers *ne s'éteint pas par la mort de ce tiers arrivée avant l'âge fixé*. Sans doute il peut s'éteindre par bien d'autres causes; mais le Code déclare qu'en prenant pour terme tel âge d'une personne, le constituant doit être réputé avoir pensé, non pas précisément à l'existence du tiers, laquelle devait lui importer peu, mais à un nombre déterminé d'années : *Non ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula*, disait la loi romaine. Nous le répétons donc, l'article signifie seulement que l'usufruit ne s'éteindra pas par la mort du tiers.

Eh bien, c'est ce sens restreint de l'article qui est l'objet de notre observation. Cette proposition déjà restreinte, il faut la restreindre encore; elle serait fausse si on la prenait absolument. La mort du tiers n'éteindra pas l'usufruit le plus souvent, mais elle l'éteindra quelquefois.

557 *bis*. En effet, il peut fort bien arriver que le constituant n'ait indiqué tel âge du tiers qu'en considération de l'existence de ce tiers jusqu'à cet âge, *ad vitam hominis respiciens, non ad certa curricula.* Ainsi, quand un testateur déclare que, pour mettre Pierre, son vieux domestique, en état d'élever son enfant, il lui lègue l'usufruit de telle maison jusqu'à ce que cet enfant ait atteint sa vingtième année, il est bien clair que si l'enfant meurt à seize ou dix-sept ans, Pierre son père perdra l'usufruit qui ne lui était donné que pour élever cet enfant. — C'est ainsi que l'usufruit légal des père et mère, bien qu'il soit accordé jusqu'à ce qu'un tiers, l'enfant, ait atteint l'âge de dix-huit ans, s'éteindrait si l'enfant mourait avant cet âge, puisqu'il n'est que la récompense des peines que donne la puissance paternelle.

Notre article devrait donc être rédigé ainsi : L'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe ne s'éteint pas par la mort du tiers arrivée avant cet âge; à moins qu'il ne soit établi en considération de l'existence du tiers.

558. Que si c'était jusqu'à la *mort* du tiers que l'usufruit fût accordé, ce serait jusqu'à la mort *naturelle* de ce tiers qu'il durerait; il ne s'éteindrait pas par sa mort civile. Le Code a bien déclaré que l'usufruit s'éteindrait par la mort civile *de l'usufruitier,* parce qu'elle ouvre la succession de celui-ci et lui enlève ses biens comme la mort naturelle; mais il faut se garder d'étendre la décision au tiers dont il s'agit, lequel ne jouit pas de l'usufruit, en sorte qu'il importe peu de savoir s'il conserve ou s'il perd ses biens.

Toutefois, il faut apporter à cette règle une exception analogue à celle que nous venons d'indiquer pour la règle de notre article. S'il résultait, soit des termes de l'acte. soit des circonstances, que la pensée du constituant, quand il a pris pour terme la mort du tiers, était d'accorder l'usufruit jusqu'au moment où l'usufruitier hériterait de ce tiers, la mort civile de celui-ci, en faisant arriver l'héritage à l'usufruitier, éteindrait dès lors l'usufruit (1).

621. — La vente de la chose sujette à usufruit ne fait aucun changement dans le droit de l'usufruitier; il continue de jouir de son usufruit s'il n'y a pas formellement renoncé.

622. — Les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice.

SOMMAIRE.

I. Septième cause. La renonciation de l'usufruitier, c'est-à-dire l'aliénation qu'il fait de son droit.

II. Les créanciers auxquels cette aliénation préjudicie peuvent la faire annuler si elle est frauduleuse. Elle est de plein droit réputée frauduleuse quand elle est gratuite, sauf à l'adversaire à prouver l'absence de fraude.

I. — 559. Il était peu utile de dire que la vente, ajoutons *ou toute*

(1) La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854.

autre aliénation, que le nu propriétaire pourrait faire de la chose soumise à l'usufruit, ne nuit pas au droit de l'usufruitier; c'est une conséquence forcée, évidente, des principes fondamentaux de la matière. Le *dominium* de la chose étant divisé entre deux personnes dont l'une conserve l'*abusus,* tandis que l'autre en a l'*usus-fructus,* il est clair (chacun ne pouvant aliéner que ce qui lui appartient) que la première ne peut aliéner que sa nue propriété, comme la seconde ne peut aliéner que son droit de jouissance, et que dès lors l'aliénation faite par l'une reste étrangère au droit de l'autre et ne modifie en rien sa position. Et de même que le nu propriétaire ne peut vendre, donner, échanger, aliéner, enfin, que sa nue propriété, ce n'est aussi que sur cette nue propriété qu'il pourrait consentir des hypothèques ou autres charges réelles.

Mais si l'usufruitier ne peut pas être dépouillé de son droit par le propriétaire, il est clair qu'il peut intervenir dans l'aliénation que fait celui-ci pour céder son usufruit en même temps que l'autre cède sa nue propriété. Cet usufruitier, en effet, comme tout propriétaire, peut disposer comme il l'entend de l'usufruit qui lui appartient; il peut l'aliéner, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, soit au profit du nu propriétaire, soit au profit de toute autre personne (1). C'est de cet abandon, fait à quelque titre que ce soit, que parle l'art. 621, quand il dit que l'usufruitier conservera son usufruit s'il n'y a pas formellement *renoncé,* employant ainsi l'idée de renonciation pour signifier une aliénation quelconque, tandis qu'ordinairement elle ne s'applique qu'à un abandon gratuit.

Ainsi donc, et c'est là un point tout naturel, l'usufruit s'éteint par toute *renonciation,* c'est-à-dire par toute aliénation que l'usufruitier fait de son droit. Ceci nous présente la septième cause d'extinction (2).

II. — 560. Après avoir implicitement reconnu dans l'art. 621 l'extinction, d'ailleurs évidente, de l'usufruit par la renonciation de l'usufruitier, la loi déclare dans l'art. 622 que cette renonciation pourra être annulée sur la demande des créanciers de l'usufruitier, lorsqu'elle aura été faite à leur préjudice. — A ce sujet, on se demande s'il suffit que la renonciation soit préjudiciable aux créanciers, ou s'il faut encore qu'elle ait été consentie de la part de l'usufruitier dans l'intention de les frauder...

Si la règle de notre art. 622 était une disposition isolée dans le Code,

---

(1) Il y a toutefois deux différences, que l'on devine facilement, entre la manière dont on peut aliéner un usufruit et celle dont on aliène d'autres biens. La première, c'est qu'on ne peut pas aliéner un usufruit par testament; puisque ce testament ne pourrait avoir effet qu'après la mort de l'usufruitier, et par conséquent à un moment où l'usufruit, l'objet du legs, n'existerait plus. La seconde, c'est que la renonciation qu'on fait à un bien ordinaire ne le transmettrait à personne, si elle n'était accompagnée de l'indication de la personne au profit de laquelle on abandonne ce bien; tandis que la renonciation faite ainsi purement à un droit d'usufruit profite immédiatement au nu propriétaire, parce que l'usufruit, comme toute autre servitude, étant une charge, une dette qui frappe sur une chose, la remise de cette dette profite tout naturellement à la chose débitrice.

(2) Même faite gratuitement, la renonciation n'est pas soumise aux formalités des donations. Rouen, 22 janv. 1846; Bordeaux, 23 déc. 1847; Rouen, 19 mai 1862 (Dev., 47, II, 28; 48, II, 239; 63, II, 29).

il n'y aurait aucune raison de s'écarter de son texte, et il faudrait décider que la renonciation est annulable par cela seul qu'elle porte *préjudice* aux créanciers; il ne serait pas permis de substituer arbitrairement le mot de *fraude* à celui que la loi a employé. Mais il n'en est pas ainsi : notre article n'est qu'une des applications particulières du principe général de l'art. 1167, qui proclame d'une manière absolue pour les créanciers le droit de faire révoquer tous les actes qu'un débiteur a faits en fraude de leurs droits; et cette disposition de l'article 1167 n'est que la reproduction, par le droit nouveau, des principes du droit romain et de notre ancienne jurisprudence. Or, cette action en nullité accordée aux créanciers, laquelle (du nom de celui qui l'avait imaginée) se nommait et se nomme encore *action paulienne,* n'existait, soit à Rome, soit dans notre ancien droit, que quand il y avait eu fraude du débiteur : *Si se obligavit fraudandorum creditorum causâ, vel quodcumque aliud fecit in fraudem creditorum* (Dig., l. 42, tit. 8, 3; Pothier, *Successions,* ch. 5, dern. alin.); et l'art. 1167 ne l'accorde également aux créanciers que pour les actes faits *en fraude* de leurs droits. Mais s'il en est ainsi, et si d'un autre côté notre article, comme plusieurs autres épars dans le Code, n'est qu'une application de l'art. 1167, il faudra donc qu'il y ait fraude pour que l'annulation puisse être prononcée.

On a prétendu que la fraude était à la vérité nécessaire dans les actes à titre onéreux, mais que le Code se contentait du simple préjudice dans les renonciations proprement dites, dans les actes unilatéraux par lesquels le débiteur abandonne un droit sans rien recevoir de celui qu'il gratifie, et l'on a présenté à l'appui de ce système les art. 788, 1053 et 2225, qui en effet ne parlent, comme le nôtre, que de préjudice. Mais d'abord, si le Code avait entendu créer cette distinction qui n'existait pas autrefois, cette pensée nouvelle se serait manifestée au conseil d'État ou au Corps législatif; or, il n'apparaît nulle part rien qui fasse soupçonner ce changement : ainsi, l'art. 788 dit bien que les créanciers peuvent faire annuler la renonciation que leur débiteur fait, à leur préjudice, à la succession qui lui échoit; mais Pothier (*Success.,* ch. 3, sect. 3, art. 1, § 2) explique qu'il est question d'un « débiteur insolvable qui *refuse* d'accepter une succession opulente *en fraude* de ses créanciers », et l'on n'a dit nulle part qu'on ait voulu changer les anciens principes. D'ailleurs, cette théorie est démentie par l'art. 1464, qui, parlant aussi d'une simple renonciation, demande cependant qu'il y ait eu fraude de la part du renonçant. Puis enfin reste toujours le principe général de l'art. 1167, qui ne distingue pas entre les actes gratuits et les actes onéreux, et qui n'accorde l'action paulienne que sous condition de la fraude du débiteur.

Ainsi donc, il faut qu'il y ait eu fraude, il faut que le renonçant ait eu la pensée coupable de nuire à ses créanciers. Mais ce principe une fois admis, il faut l'entendre sagement, et il nous semble que la nature des choses, et aussi les textes du Code, conduisent à une application

qui rapproche beaucoup notre doctrine de celle de nos adversaires. En effet, celui qui, étant déjà insolvable ou devant le devenir par l'effet d'une renonciation, consent pourtant cette renonciation, celui-là ne peut être de bonne foi qu'autant qu'il ne connaîtrait pas sa position de fortune; s'il la connaît, il est clair qu'il y a de sa part mauvaise foi, déloyauté, à consentir la renonciation : car pour qu'un acte soit frauduleux, il n'est pas nécessaire, assurément, qu'on l'ait fait *afin de nuire* aux créanciers, il suffit qu'on l'ait fait en sachant bien qu'on leur nuisait (1). Ainsi, par cela seul que l'acte est à titre gratuit et que l'agent connaît son insolvabilité actuelle ou imminente, il y a fraude : or, comme chacun doit connaître sa position, et qu'en règle générale chacun la connaît effectivement, il y a donc grave présomption que celui qui vient de renoncer à mon préjudice connaissait la sienne et que sa renonciation est frauduleuse; c'est à lui, ou à ceux au profit desquels il a renoncé, de prouver sa bonne foi, s'il y a lieu, en expliquant les circonstances exceptionnelles qui l'ont empêché de comprendre les conséquences de son acte. C'est parce que, dans les actes gratuits, le simple fait du préjudice des créanciers indique la fraude, sauf preuve du contraire, que le Code, en leur appliquant le principe général de l'article 1167, se sert indistinctement des mots *fraude* ou *préjudice,* lesquels deviennent ici synonymes.

561. Pour résumer nos idées, nous dirons : dans les actes gratuits, dans les simples renonciations, par exemple, l'action paulienne n'existe qu'autant qu'il y a fraude, comme pour les actes à titre onéreux. Mais cette fraude se présume nécessairement par le seul fait du préjudice, sauf à l'auteur de l'acte ou à celui qui en profite à prouver que, malgré les apparences contraires, cette fraude n'a pas existé.

623. — Si une partie seulement de la chose soumise à l'usufruit est détruite, l'usufruit se conserve sur ce qui reste.

624. — Si l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment, et que ce bâtiment soit détruit par un incendie ou autre accident, ou qu'il s'écroule de vétusté, l'usufruitier n'aura le droit de jouir ni du sol ni des matériaux.

Si l'usufruit était établi sur un domaine dont le bâtiment faisait partie, l'usufruitier jouirait du sol et des matériaux.

562. Ces deux articles se trouvent expliqués par le n° VIII de l'article 617. Mais il nous reste à indiquer, avant de passer au chapitre suivant, les trois dernières causes d'extinction de l'usufruit.

---

(1) Le voleur lui-même n'a pas *pour but* de nuire aux autres, mais de s'enrichir et de se mettre à l'aise : il n'accomplit pas l'acte coupable *parce qu'il nuit* aux autres, mais *quoiqu'il nuise* aux autres et parce qu'il lui profitera.

APPENDICE.

SOMMAIRE.

I. Huitième cause. La prescription (à l'effet d'acquérir). Erreur de Delvincourt.
II. Neuvième cause. L'accomplissement de la condition résolutoire imposée à l'usufruit.
III. Dixième cause. La résolution du droit du constituant.
IV. Des dix causes d'extinction, quatre seulement s'appliquent au quasi-usufruit.

I. — 563. Trois dernières causes d'extinction de l'usufruit, dont notre section ne parle pas, résultent d'autres dispositions du Code et des principes généraux du droit. La première, qui se trouve la huitième en l'ajoutant à celles que les articles précédents viennent de nous présenter, se rencontre dans la prescription à l'effet d'acquérir, autrement appelée *usucapion* (acquisition par la possession, par l'usage, *usu-capio, usu-capere*).

Si un tiers se met, sans titre et même de mauvaise foi, en possession d'un fonds qu'il reconnaît bien ne pas lui appartenir, mais dont il prétend avoir l'usufruit, et qu'il le possède ainsi à titre d'usufruitier pendant trente années, soit par lui-même, soit par un locataire ou un procureur, il aura ainsi acquis par usucapion l'usufruit de ce fonds, au détriment de l'usufruitier, s'il en existait un, et, dans le cas contraire, au détriment du propriétaire, qui n'aura plus que la nue propriété au lieu de la pleine propriété qu'il avait d'abord. Lors donc qu'il existait un usufruitier de ce fonds, son usufruit se sera éteint par usucapion, par la prescription à l'effet d'acquérir. Ceci résulte de ce que l'usufruit d'un immeuble forme lui-même un immeuble incorporel, lequel est susceptible de prescription, aussi bien que les immeubles corporels, ainsi que nous l'avons prouvé sous l'art. 579.

Que si le tiers qui vient posséder un usufruit vous appartenant le fait en vertu d'un juste titre et avec bonne foi, ce ne sera plus par trente ans seulement, mais par une possession de dix ou vingt ans (selon que vous êtes ou non domicilié dans le ressort de Cour d'appel dans lequel est situé l'immeuble) qu'il en acquerra la prescription, et que le vôtre sera éteint (art. 2265). Ainsi, que le nu propriétaire de la ferme dont vous avez l'usufruit, voyant que vous négligez d'exercer votre droit, profite frauduleusement de cette circonstance, soit pour me vendre cette ferme en toute propriété et comme s'il n'existait pas d'usufruit, soit pour m'en vendre l'usufruit seulement, cet usufruit que je n'ai pas eu d'abord, puisque celui qui me le vendait ne l'avait pas lui-même, je l'aurai après dix ou vingt ans de possession, au moyen de ma bonne foi et de mon titre d'acheteur. Delvincourt enseigne qu'alors votre usufruit n'est pas *éteint,* mais seulement *transféré* à une nouvelle personne. C'est une grave erreur; j'ai alors acquis par prescription un usufruit nouveau et qui m'est *propre.* Cet usufruit s'éteindrait par ma mort et non par la vôtre.

563 *bis.* Nous avions enseigné dans nos éditions antérieures à la

quatrième que, s'il s'agissait de l'usufruit d'une chose mobilière, d'un troupeau, par exemple, ce serait dès l'instant même où je l'ai possédé de bonne foi que cet usufruit m'appartiendrait et serait perdu pour vous; attendu, disions-nous, que cet usufruit est un immeuble incorporel qui tombe comme tous autres meubles sous la règle de l'article 2279. Nous pensons que c'était une erreur, et que l'art. 2279 ne s'applique qu'aux meubles susceptibles de se transmettre de la main à la main, ce qui n'a pas lieu pour un droit d'usufruit. Ce point controversé sera établi plus tard.

Comme on le voit, il y a entre l'extinction par le non-usage (prescription à l'effet de se libérer) et l'extinction par l'usucapion (prescription à l'effet d'acquérir) ces deux différences : 1° que le non-usage doit toujours être de trente ans, tandis que l'usucapion s'accomplira tantôt par trente ans aussi, mais tantôt par vingt ans ou même dix ans, et 2° que le non-usage de l'usufruitier n'éteint l'usufruit qu'en le faisant passer au propriétaire, tandis que par l'usucapion votre usufruit peut s'éteindre, soit pour arriver aussi au nu propriétaire, soit pour passer à un nouvel usufruitier.

II. — 564. La neuvième cause d'extinction de l'usufruit se trouve dans l'accomplissement de la condition résolutoire à laquelle cet usufruit était soumis. Ainsi, quand je vous ai légué l'usufruit d'une ferme dont je laissais la nue propriété à ma fille, mais à la condition que cet usufruit cesserait si ma fille venait à se marier, il est clair que le mariage de ma fille avenant, votre usufruit s'éteindra. C'est ainsi que d'après l'art. 386 l'usufruit légal de la mère survivante sur les biens de ses enfants s'éteint par le mariage subséquent de l'usufruitière.

III. — 565. La dixième et dernière cause d'extinction, c'est la résolution *ex antiquâ causâ* du droit du constituant.

Ainsi, quand celui qui m'a concédé l'usufruit de telle maison était propriétaire de cette maison en vertu d'une vente qui se trouve aujourd'hui annulée pour vileté du prix (art. 1674), ou d'une vente faite avec faculté d'un rachat qu'on exerce aujourd'hui (art. 1673), ou d'une donation qui se trouve révoquée par la survenance d'un enfant au donateur (art. 960), ou s'il est exproprié par suite d'hypothèques antérieures à la constitution de l'usufruit, dans tous ces cas et autres analogues, mon usufruit disparaîtra. C'est en effet un principe de raison et de droit positif tout ensemble, qu'on ne peut pas transférer à d'autres des droits qu'on n'a pas soi-même; et puisque, dans le cas dont il s'agit, le constituant se trouve n'avoir eu aucun droit sur la chose, il est clair qu'il n'a pu en donner efficacement l'usufruit à personne : *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis* (1).

Mais, bien entendu, c'est seulement quand le droit du constituant est brisé *ex antiquâ causâ,* rétroactivement, que l'usufruit disparaît; si ce droit ne se brisait qu'actuellement et pour l'avenir, *ex novâ causâ,* si c'était une aliénation nouvelle qui fût faite du bien, soit par la vo-

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Usufruit, n°s 701 et suiv.).

lonté libre du propriétaire, soit par l'effet d'hypothèques consenties depuis la constitution de l'usufruit, cet usufruit n'en continuerait pas moins, l'aliénation ne pouvant frapper alors que sur la nue propriété, comme on l'a vu par l'art. 621. Il faut, pour parler le langage de la scolastique, que le droit du constituant soit résolu *ex tunc*, et non pas seulement *ex nunc* (1).

IV. — 566. Quoique le législateur ait assimilé le quasi-usufruit à l'usufruit véritable, il ne faudrait pas croire que les diverses causes d'extinction qui viennent d'être indiquées s'appliquent toutes au premier comme au second. De ces dix causes d'extinction, quatre seulement feront cesser le quasi-usufruit : il suffit, pour s'en convaincre, de jeter un coup d'œil sur ces diverses circonstances, en se rappelant d'ailleurs ce que c'est que le quasi-usufruit.

Le quasi-usufruit n'est pas simplement le droit de jouir d'une chose; c'est l'acquisition que je fais de la propriété même d'une chose mobilière en contractant l'obligation de rendre, dans certains cas prévus, la valeur de cette chose ou une chose semblable.

Ceci posé, on voit d'abord qu'il n'y a pas place ici pour la troisième cause d'extinction, la consolidation : la nue propriété ne peut pas venir se réunir à la jouissance; puisque cette nue propriété et cette jouissance n'ont pas été séparées, le quasi-usufruitier ayant eu dès l'origine la pleine propriété de la chose. Tout ce qui est possible, c'est que celui à qui devrait se faire la restitution en fasse remise au quasi-usufruitier. Ce quasi-usufruitier serait alors libéré de l'obligation de rendre, comme le serait un usufruitier véritable par l'obtention de la nue propriété; mais, encore une fois, il n'y aurait pas consolidation, réunion de la nue propriété à l'usufruit.

La quatrième cause d'extinction, c'est-à-dire la libération de la chose grevée d'usufruit au moyen du non-usage de l'usufruitier, n'est pas possible non plus, puisqu'il n'existe nulle part de chose grevée d'usufruit.

La cinquième cause, la destruction de la chose, n'est pas plus possible que les deux précédentes; puisque mon droit étant précisément de détruire la chose, la perte qui s'en réalise, soit par l'effet de ma volonté, soit autrement, ne peut apporter aucune modification à mes rapports avec celui à qui je dois restituer.

On ne peut pas encore parler de la sixième cause, l'abus de jouissance, puisque j'ai le droit même de disposition et que je puis faire de la chose tout ce qu'il me plaira.

La huitième cause, la prescription de mon usufruit, ne peut pas se présenter non plus; on ne peut pas prescrire mon droit d'usufruit, puisque je n'ai pas d'usufruit : un tiers pourrait sans doute, si les choses qui m'avaient été livrées tombaient en sa possession avant d'avoir été

---

(1) *Nunc* et *tunc* signifient *alors*. Mais le premier adverbe se rapporte à l'époque actuelle, et le second à une époque antérieure. On dit *hic* et *nunc* pour indiquer le moment précis où l'on parle.

consommées par moi, en prescrire contre moi la propriété (et non pas l'usufruit); mais ceci n'éteindrait pas mon droit de quasi-usufruitier, c'est-à-dire mon droit de ne rendre que plus tard la valeur de ces choses ou des choses semblables. Remarquons bien que le droit d'un usufruitier, la faculté qui résulte pour lui de son usufruit, et qui dure cinq, dix, trente, cinquante années, c'est de jouir de la chose, de venir, chaque jour, chaque année, s'en servir et en prendre les fruits; c'est là le droit que vient éteindre et lui enlever la prescription. Maintenant, le droit du quasi-usufruitier, une fois qu'il a consommé immédiatement les choses à lui livrées en propriété, c'est de ne rendre l'équivalent de ces choses que plus tard, à l'échéance de tel ou tel événement; l'extinction de son quasi-usufruit ne peut consister que dans la suppression de ce droit, dans la suppression du terme dont il jouit pour la restitution : or, il est évident que ce terme ne lui est pas enlevé par l'acquisition qu'un tiers fait, par prescription, des choses qui lui avaient été livrées. Cette prescription, en lui faisant perdre ces choses, n'éteint donc pas son quasi-usufruit.

Enfin, la résolution *ex tunc* du droit du constituant, la dernière des dix causes d'extinction, ne peut non plus produire ici aucun effet; car il ne s'agit jamais que de choses mobilières, et quand même le constituant se trouverait n'avoir pas eu le droit de me les livrer, elles seraient toujours devenues miennes par prescription dès l'instant que je les ai reçues de bonne foi à titre de propriétaire. Ces choses restent donc miennes quand elles ne seraient pas consommées encore, et tout ce que pourra demander celui qui vient critiquer le droit du constituant, c'est qu'à l'extinction du quasi-usufruit, l'équivalent de ces choses lui soit remis à lui, au lieu d'être rendu au constituant.

Les quatre autres causes d'extinction s'appliquent évidemment au quasi-usufruit. Ainsi, il s'éteindra 1° par la mort naturelle ou civile du quasi-usufruitier; 2° par l'expiration du terme convenu par les parties, ou de celui qui est indiqué par la loi (pour l'usufruit légal des parents et pour celui qui est accordé à une personne morale); 3° par la renonciation, gratuite ou à titre onéreux, que le quasi-usufruitier ferait à son droit; 4° enfin, par l'accomplissement de la condition résolutoire à laquelle ce droit aura été soumis.

CHAPITRE II.

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

567. Si le droit que la loi désigne par le nom d'*usage* méritait exactement ce nom et que la chose fût vraiment d'accord avec le mot, l'usager, *usuarius,* serait celui qui a *omnem usum sine ullo fructu ;* comme le *fructuarius* serait celui qui a *omnem fructum sine ullo usu;* comme enfin l'*usu-fructuarius,* l'usufruitier, est celui qui a tout ensemble *omnem usum omnemque fructum*. Donc, de même que le *fructuarius* (soit qu'il fût en même temps le propriétaire, soit que cette dernière qualité ap-

partînt à une troisième personne) pourrait empêcher l'usager de prendre aucun fruit, de même celui-ci pourrait empêcher ce *fructuarius* de jamais venir sur le fonds, excepté pour y faire les travaux qu'exige son exploitation.

Tels étaient les principes de l'ancien droit romain; mais on finit par s'en écarter un peu, et par tolérance, par une interprétation favorable de l'intention du testateur (c'était le plus souvent par testament que l'usage s'établissait), on permit à l'usager de prendre pour ses besoins une petite portion des fruits (*Inst.*, I, 2, t. 5, § 1). Mais, bien entendu, en obtenant ainsi, par faveur et en dehors des principes, une petite partie du *fructus*, l'usager conservait tout l'usage de la chose; à lui seul appartenait le droit d'aller et venir sur un fonds de terre, et il ne devait y faire place à d'autres qu'autant que l'exigeaient l'administration et l'exploitation du bien (*ibid.*).

Chez nous, on l'a déjà dit, il en est tout autrement; nous n'avons plus de l'usage que le nom, fort inexact désormais, et il faut briser ici les traditions romaines, pour se rappeler qu'*usage* signifie dans notre droit *usufruit restreint :* c'est un usufruit mesuré sur les besoins de l'usufruitier et de sa famille. En effet, ce n'est plus par faveur, c'est par l'application directe des principes de la matière, que l'usager a le droit de jouir dans les limites de ses besoins; puis, réciproquement, il n'a le droit d'user que dans ces mêmes limites, et nous verrons que quelquefois il ne l'a pas du tout.

Qu'on ne l'oublie donc pas, quand on parle d'*usage* et d'*usager,* il faut rechercher tout d'abord s'il s'agit du droit romain ou de notre Code Napoléon; et dans le second cas, il faut attacher à ces expressions une idée qui serait une hérésie dans le premier. A Rome, le mot est convenant à la chose : USUARIUS *ille est qui* USUM *habet;* s'il a une petite partie du *fructus,* c'est par une extension de faveur. Chez nous, les mots contredisent les idées : l'usager a rigoureusement droit à une partie des fruits, et il n'a aussi qu'une partie de l'*usus,* dont il peut même être totalement privé; en sorte qu'on peut avoir un *usuarius sine usu!* Usage signifie : usufruit plus petit.

Quant à l'*habitation,* on sait que c'est ce même droit d'usage, d'usufruit restreint, en tant qu'il s'applique aux maisons.

625. — Les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit.

SOMMAIRE.

I. Il n'existe pas d'usage légal. Erreur de M. Zachariæ. L'usage ne s'éteint pas par la mort civile, et il ne peut pas toujours s'éteindre par abus de jouissance.
II. Le chapitre ne s'occupe pas de tous droits d'usage.

I. — 568. L'usage, soit des maisons, soit de tous autres biens, peut être établi, comme le plein usufruit, soit par la volonté de l'homme (par acte entre-vifs et de dernière volonté, à titre gratuit ou onéreux), soit aussi par la loi. Toutefois, et quoique le législateur puisse assu-

rément créer des droits d'usage quand il le voudra, il n'en a pas établi jusqu'ici, comme il a établi des droits d'usufruit : le seul cas qu'on en pourrait citer, celui de l'art. 1465, ne présente pas, selon nous, un véritable droit d'usage. D'après cet article, la femme commune en biens qui voit sa communauté se dissoudre par la mort de son mari peut, pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire l'inventaire de cette communauté et délibérer sur son acceptation ou sa renonciation, rester logée aux frais de la communauté dans la maison qu'occupaient les époux ; d'où il suit que, si elle renonce ensuite à cette communauté, ce seront les héritiers du mari qui l'auront logée gratuitement pendant ces trois mois et quarante jours. Or, cette faculté accordée à la femme n'est pas un droit d'usage, un droit d'habitation dans le sens de notre chapitre ; ce n'est pas là une servitude, un droit réel : c'est une simple créance reposant sur une obligation personnelle des héritiers du mari.

Ceci est d'abord évident quand la maison occupée par les époux leur était louée par un tiers ; il est clair qu'alors c'est le bail qui continue pendant les trois mois et quarante jours, et que la femme n'a aucun droit réel sur la maison : si, dans le cours des trois mois, des réparations d'entretien devenaient nécessaires, il est bien évident que c'est le propriétaire qui devrait les faire, et personne n'aurait la pensée de les imposer à la femme. — Mais, maintenant, n'est-il pas palpable qu'il en doit être de même quand la maison appartient à la communauté ou aux héritiers du mari ? N'est-il pas évident que la loi entend donner à la femme une position semblable dans les deux cas ? Quoi ! la femme serait dispensée de payer les loyers, et on lui imposerait les réparations ! Évidemment non ; elle ne devra pas plus les réparations, les contributions et les loyers, quand la maison appartiendra à la communauté ou aux héritiers, que quand elle appartiendra à un tiers : dans un cas comme dans l'autre, les loyers seront supportés par la communauté, les réparations et les contributions par le propriétaire (qui pourra être encore cette communauté). Mais s'il en est ainsi, la femme n'a donc pas le droit réel d'usage, d'habitation ; car si elle l'avait, c'est elle qui devrait subir les contributions et les réparations d'entretien (art. 635). M. Zachariæ commet donc une erreur quand il présente l'art. 1465 comme un cas d'usage légal (II, p. 28, note 2). — Il en faut dire autant de l'obligation imposée par l'art. 1570 aux héritiers du mari dotal, de payer pendant l'année de deuil l'habitation de la veuve.

569. Les causes d'extinction sont les mêmes pour l'usufruit restreint que pour l'usufruit ordinaire ; sauf que l'abus de jouissance ne s'appliquera pas ici à tous les cas, puisque, ainsi que nous l'avons dit déjà et comme on va le voir sous l'art. 630, l'usager quelquefois n'est pas mis en possession du fonds : quand la jouissance, au lieu d'être donnée à l'usager, reste au propriétaire, il est bien clair qu'il ne peut plus y avoir lieu à l'abus de jouissance. — Nous pensons aussi, comme Maleville (sur l'art. 617) et M. Zachariæ (II, p. 29), que l'usage ne s'éteint pas par la mort civile de l'usager, puisqu'il est établi pour les besoins

personnels de cet usager, et que la mort civile ne brise pas les droits relatifs à l'existence naturelle du condamné (art. 25).

II. — 570. Il ne faut donc pas prendre au pied de la lettre ces deux propositions : que l'usage s'établit comme l'usufruit, et qu'il s'éteint aussi comme lui. Mais on a été trop loin dans la critique de notre article quand on a dit que l'usage différait encore de l'usufruit en ce qu'il ne s'établissait pas toujours par prescription, et d'autre part en ce qu'il ne s'éteint pas par trente ans quand il appartient à des personnes morales, puisque bien des communes ont des droits d'usage perpétuels.

Cette critique repose sur une confusion qu'il importe d'éviter. Il existe en effet des droits d'usage de diverses espèces, et notre chapitre ne s'occupe pas de tous. Ainsi, votre droit de puiser de l'eau à ma source et d'y faire boire vos bestiaux ; votre droit d'extraire des matériaux dans ma carrière pour l'entretien de vos bâtiments, droits qui doivent passer à tous les propriétaires successifs du fonds qui vous appartient aujourd'hui, peuvent bien être appelés droits d'usage ; mais ce n'est plus là l'usufruit restreint, la servitude personnelle dont parle notre titre ; ce sont des servitudes réelles appartenant, non pas à vous personnellement, mais au fonds dont vous êtes propriétaire : ce sont là des services fonciers dont s'occupe le titre suivant, et dont il n'est pas question ici. Il en est de même des droits de passage, de puisage, de parcours et autres appartenant à des communes ; ce n'est pas précisément à la collection des personnes, c'est à l'ensemble des fonds de la commune que ces droits sont attachés : ce sont des services fonciers dont notre titre n'a pas à parler (art. 643 et 648). Enfin, tous les droits d'usage frappant sur les bois et forêts, alors même qu'ils seraient de vraies servitudes personnelles, ne seraient pas régis par notre chapitre : ils ont leur législation spéciale, ainsi que nous en avertit l'art. 636. Il ne s'agit ici que de l'usage proprement dit, c'est-à-dire de l'usufruit lui-même, mais restreint aux besoins de l'usufruitier.

626. — On ne peut en jouir, comme dans le cas de l'usufruit, sans donner préalablement caution, et sans faire des états et inventaires.

571. — L'expression *on ne peut en jouir* (jouir du droit d'usage, ou d'habitation) est inexacte ; on ne jouit pas du droit d'usage, on *exerce* ce droit d'usage et on jouit du fonds sur lequel il frappe. — Du reste, on va voir sous l'art. 630 que l'usager, quelquefois, ne jouit pas par lui-même, et dès lors ne doit pas la caution. Il peut y avoir aussi dispense de cette caution, soit par l'acte constitutif, soit par la disposition de la loi, conformément à l'art. 601.

627. — L'usager, et celui qui a un droit d'habitation, doivent jouir en bons pères de famille.

628. — Les droits d'usage et d'habitation se règlent par le titre

qui les a établis, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue.

629. — Si le titre ne s'explique pas sur l'étendue de ces droits, ils sont réglés ainsi qu'il suit :

630. — Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds, ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille.

Il peut en exiger pour les besoins même des enfants qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage.

I. — 572. Celui à qui appartient l'usage, non pas *des fruits d'un fonds,* comme le dit inexactement notre article, mais bien du fonds lui-même (car c'est sur le fonds que frappe son droit d'usage, et quant aux fruits, il n'en est pas seulement usager, mais *propriétaire* dans les limites de ce qu'il doit recueillir et recueille en effet), celui-là, disons-nous, a droit à la portion de fruits que réclament ses besoins personnels et ceux de sa famille.

Par famille, on entend la femme, les enfants et les serviteurs; et parmi les enfants, il faut comprendre, selon nous, les enfants naturels reconnus et les enfants adoptifs (1); car ils sont véritablement dans la famille civile, légale, de l'individu. Mais on n'y comprendrait pas les ascendants de l'usager : car ma famille, c'est l'ensemble des personnes dont je suis le chef; et, de ce point de vue, le père n'est pas dans la famille de son fils, c'est le fils qui est dans la famille de son père. Lors donc qu'un droit d'usage (ou d'habitation, puisque c'est encore l'usage s'appliquant aux maisons) vous est concédé, il ne vous donne pas la faculté de nourrir votre père aux dépens du fonds grevé, ou de le loger dans la maison (2).

II. — 573. Dans le droit d'usage proprement dit, c'est-à-dire celui qui s'applique à d'autres biens que des maisons, l'usager peut-il jouir par lui-même, ou doit-il se contenter de recevoir du propriétaire les fruits auxquels il a droit? La réponse nous paraît dictée par la nature même des choses.

Si les besoins de l'usager égalent la production du fonds, comme alors il a droit à la totalité des fruits, il est clair que sous le nom menteur d'usager il est plein usufruitier, et que dès lors c'est lui qui doit exploiter et jouir par lui-même, en subissant pour le tout les réparations d'entretien, l'acquittement des impôts et toutes les autres charges de la jouissance, telles qu'elles ont été expliquées aux art. 605 à 613 (art. 635). Mais il y aura toujours, entre l'usufruitier et l'usager absorbant tous les fruits, cette différence, que si la famille de ce dernier diminuait, son droit diminuerait également; tandis que dans le même cas le droit de l'usufruitier resterait toujours le même.

Si, au contraire, il n'a droit qu'à une portion des fruits, l'autre

---

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Usage, n° 51).
(2) Voy. *Dict. not.* (v° Usage, n°s 24, 44 et suiv.).

partie restant au propriétaire, alors, entre ces deux personnes qui ont toutes deux droit aux fruits, il est tout naturel que l'administration et l'exploitation restent à celle à qui cette chose appartient, ce qui évitera la nécessité d'une caution de la part de l'usager, et aussi la confection d'un état de l'immeuble, tout en donnant encore une plus complète sécurité au propriétaire. Dans ce cas, l'usager ne contribuera aux charges de la jouissance, et notamment aux frais de culture et de récolte, qu'en proportion de ce qu'il prend (art. 625, alin. 2).

Ce dernier mode d'exécution du droit d'usage sera sans doute le plus fréquent, car pour un fonds fort peu considérable et qui ne serait que suffisant pour les besoins de l'usager, le constituant n'aura sans doute pas l'idée de créer un droit d'usage, il donnera de suite le droit d'usufruit. C'est sans doute en se reportant à ce mode plus fréquent d'exécution et en pensant que le plus souvent l'usager viendrait demander les fruits au propriétaire, que notre article a parlé d'une personne qui a l'*usage des fruits d'un fonds* et qui vient en *exiger* autant qu'il en faut pour ses besoins (1).

631. — L'usager ne peut céder ni louer son droit à un autre.

574. C'est là une différence capitale entre l'usufruitier et l'usager, différence qui résulte, au reste, logiquement de la nature même de l'usage. L'usufruit donnant droit à tous les fruits que la chose peut donner, il importe peu au propriétaire quelle personne jouira du bien; il n'a rien à craindre que l'abus de jouissance, dont il est garanti par la caution et par le droit de rentrer en possession pour ce cas : de là le droit pour l'usufruitier de louer la chose sujette à usufruit, ou de céder son usufruit à un tiers. Mais l'usage se mesurant sur les besoins de la famille, et les diverses familles ayant des besoins divers, on devait exiger que l'usager, soit d'une maison, soit de tout autre bien, jouît par lui-même.

Et puisque l'usager ne peut pas aliéner son droit d'usage, il ne pourrait donc pas non plus l'hypothéquer; car l'hypothèque contient en germe l'aliénation, elle donne au créancier la faculté de faire vendre s'il n'est pas payé. Aussi les art. 2118 et 2124 déclarent-ils en conséquence : le premier, qu'on ne peut hypothéquer que les biens qui sont dans le commerce (et le droit d'usage, comme on voit, n'y est pas); et le second, qu'on ne peut hypothéquer que les biens qu'on pourrait aliéner (2).

632. — Celui qui a un droit d'habitation dans une maison, peut y demeurer avec sa famille, quand même il n'aurait pas été marié à l'époque où ce droit lui a été donné.

---

(1) Conf. *Dict. not.* (*ibid.*, n°s 74 et suiv.).

(2) Les droits d'usage et d'habitation ne peuvent être saisis. *Dict. not.* (v^o Usage, n° 67); Massé et Vergé (II, § 313, note 15, p. 152); Demolombe (X, n° 786); Roger (*Saisie-arrêt*, 2e édit., n° 169 *bis*); Chambéry, 8 mars 1862 (Dev., 62, II, 529).

633. — Le droit d'habitation se restreint à ce qui est nécessaire pour l'habitation de celui à qui ce droit est concédé, et de sa famille.

634. — Le droit d'habitation ne peut être ni cédé ni loué.

575. Ces différents articles ne font qu'appliquer à l'usage des maisons les règles déjà indiquées pour l'usage des autres biens. C'est qu'en effet, la nature du droit est toujours la même dans les deux cas, ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois et comme le reconnaît expressément l'article suivant, qui donne génériquement le nom d'usager à celui dont le droit frappe sur une maison, comme à tous autres. Au reste, il est évident que, si minime que soit la partie de la maison que l'usager doive occuper, le propriétaire ne peut jamais l'empêcher d'y venir demeurer.

635. — Si l'usager absorbe tous les fruits du fonds, ou s'il occupe la totalité de la maison, il est assujetti aux frais de culture, aux réparations d'entretien, et au payement des contributions, comme l'usufruitier.

S'il ne prend qu'une partie des fruits, ou s'il n'occupe qu'une partie de la maison, il contribue au prorata de ce dont il jouit.

576. Cet article se trouve expliqué par ce qui a été dit sous l'article 630.

636. — L'usage des bois et forêts est réglé par des lois particulières.

577. C'est dans le Code forestier que se trouve la législation spéciale aux différents droits d'usage dans les bois et forêts.

RÉSUMÉ DU TITRE TROISIÈME.

DE L'USUFRUIT.

I. — Le mot d'usufruit, pris *lato sensu*, présente un sens multiple qu'il est impossible d'indiquer par une seule définition. Il existe, en effet, trois espèces d'usufruit, dont l'une diffère des deux autres si profondément, qu'aucune définition commune ne pourrait leur convenir. Chacune d'elles sera donc définie et expliquée successivement.

On distingue : 1° l'usufruit proprement dit, ou plein usufruit, auquel on donne simplement ce nom d'*usufruit ;* 2° l'usufruit restreint, que la loi appelle *usage ;* 3° enfin, un équivalent par lequel on remplace l'usufruit pour les choses qui n'en sont pas susceptibles, et qu'on appelle *quasi-usufruit*.

Nous traiterons séparément, et dans trois chapitres distincts, de ces trois droits d'Usufruit, d'Usage et de Quasi-usufruit.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'USUFRUIT (PROPREMENT DIT).

II. — L'usufruit est un droit réel, une servitude personnelle, qui consiste dans la faculté de jouir temporairement des choses appartenant à autrui. — L'usufruit présente donc une division en deux parties des éléments qui constituent le *dominium* : le droit de disposition, *abusus*, appartenant à l'un sous le nom de nue propriété, tandis que le droit de jouir, *usus-fructus*, appartient actuellement à un autre (art. 578).

Nous avons à voir : 1° l'établissement de l'usufruit, 2° ses effets, et 3° son extinction.

SECTION PREMIÈRE.

DE L'ÉTABLISSEMENT DE L'USUFRUIT.

III. — L'usufruit s'établit tantôt par la disposition même de la loi, tantôt par la volonté de l'homme.

Il est établi par la loi : 1° au profit des père et mère sur les biens des enfants mineurs de dix-huit ans et non émancipés; 2° en cas de succession au profit des ascendants recueillant la moitié afférente à leur ligne, sur le tiers de la seconde moitié prise par les collatéraux non privilégiés de l'autre ligne (art. 579).

La volonté de l'homme peut constituer l'usufruit, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, par acte entre-vifs ou de dernière volonté, directement ou par déduction. Ainsi, je puis vendre, échanger, donner ou léguer l'usufruit de ma chose, en en réservant la nue propriété pour moi ou pour mes héritiers (ou en attribuant cette nue propriété à un tiers); comme aussi je puis vendre, échanger, donner ou léguer la nue propriété en réservant l'usufruit pour moi ou mes héritiers (ou en l'attribuant à un tiers). Dans tous les cas, l'usufruit peut être créé, soit 1° avec un terme (*à quo* ou *ad quem*), soit 2° sous une condition (suspensive ou résolutoire), soit 3° purement et simplement (*ibid.* et art. 580).

L'usufruit peut se trouver établi encore par l'effet de l'usucapion, soit de trente ans, soit de dix ou vingt ans, mais non pas par sentence du juge (art. 579).

IV. — L'usufruit peut être établi sur toute espèce de choses meubles ou immeubles, corporelles ou incorporelles (excepté celles qui doivent se consommer par l'usage); et selon que son objet est meuble ou immeuble, il est lui-même un bien mobilier ou immobilier. Mais il est toujours et nécessairement incorporel, puisque *in jure consistit* (art. 581).

Et puisqu'il peut s'établir sur toute espèce de biens, il peut donc

porter sur un autre usufruit; mais non pas sur une servitude réelle, considérée séparément du fonds auquel elle appartient, parce que cette servitude n'est vraiment un bien et n'a d'existence légale qu'en tant qu'elle est attachée à ce fonds (*ibid.*).

Il peut frapper ou sur l'universalité d'un patrimoine, ou sur une part aliquote de cette universalité, ou sur un ou plusieurs biens particuliers, ce qui lui fait donner, selon les cas, la qualification d'universel, à titre universel ou à titre particulier : 1° l'usufruit *universel* est celui qui porte sur une universalité entière, ou du moins sur toute la portion légalement disponible de cette universalité; 2° l'usufruit *à titre universel* est celui qui a pour objet une part aliquote de l'universalité ou de la portion disponible de l'universalité, ou tous les immeubles, ou tous les meubles, ou enfin une quote-part des immeubles ou des meubles; 3° l'usufruit est *à titre particulier* dans tous les autres cas (art. 612).

Au reste, celui qui n'acquiert qu'un usufruit, cet usufruit fût-il universel, n'est, en définitive, qu'un successeur particulier; la qualification de successeur universel ou à titre universel n'appartient qu'à celui qui acquiert, par les deux premiers modes qui viennent d'être indiqués, la propriété même des biens (*ibid.*).

SECTION II.

DES EFFETS DE L'USUFRUIT.

V. — L'existence d'un usufruit donne à l'usufruitier des droits faisant naître chez le nu propriétaire des devoirs réciproques; mais aussi elle lui impose des obligations qui sont autant de droits pour ce propriétaire contre lui.

§ 1er. — Des droits de l'usufruitier.

VI. — L'usufruitier, comme son nom même l'indique, a droit à tout l'*usus* et à tout le *fructus* de la chose.

Et d'abord il a droit à tout l'usage : il peut employer la chose à tous les services auxquels elle est destinée, soit par sa nature même, soit par l'intention du constituant. Ainsi, l'usufruitier de meubles meublants peut s'en servir pour ses besoins habituels, quoique cet usage des choses doive amener une prompte détérioration; l'usufruitier de chevaux de travail peut les employer à charrier, labourer les terres, tandis qu'il ne peut pas les employer à cet usage s'il s'agit de chevaux de luxe que le constituant ne lui a livrés que pour traîner une calèche et autres voitures de maître (art. 578).

VII. — L'usufruitier a droit ensuite à tous les fruits de la chose. Mais qu'entend-on par fruits?

Philosophiquement parlant, les fruits d'une chose sont les produits qu'elle engendre d'elle-même, *quod ex re nascitur et renascitur;* mais tel n'est pas le point de vue de la loi. Le législateur, se déterminant

plutôt par la destination de l'homme que par la nature des choses, retranche de la classe des fruits des objets qui sont vraiment produits et reproduits par la chose (savoir, les arbres de futaies non aménagées); puis il y place, au contraire, des objets qui ne sont vraiment pas produits par cette chose : tels sont 1° les pierres, marbres et autres substances qu'on extrait d'une carrière, mine, minière, etc., mises en exploitation, lesquelles substances ne sont pas un produit du sol, mais une partie même du sol; 2° les sommes d'argent ou les valeurs quelconques qui ne sont pas produites par la chose, mais que l'on recueille à l'occasion de cette chose.

Ainsi, les fruits, aux yeux de la loi, ce sont les objets qu'une chose est destinée à procurer et que l'on recueille successivement ou sur cette chose, ou à l'occasion de cette chose. — Quand les fruits sont recueillis sur la chose même, ce sont des fruits naturels (1) ; quand ils ne le sont qu'à l'occasion de cette chose, ce sont des fruits civils (art. 582-584, 590-592, 598).

VIII. — La règle d'après laquelle l'usufruitier fait les fruits siens n'est pas la même pour les fruits naturels et pour les fruits civils.

Les fruits naturels n'appartiennent à l'usufruitier qu'à mesure qu'ils sont perçus. Ainsi, quand l'usufruit s'ouvre la veille d'une récolte, et que l'usufruitier fait cette récolte, elle lui appartient tout entière, alors même que l'usufruit s'éteindrait quelques jours après qu'il l'a terminée; en sorte qu'il pourra recueillir par un usufruit d'un ou de deux mois les fruits d'une ou de plusieurs années (de neuf ou douze années, par exemple, s'il s'agissait de la coupe d'un taillis ayant cet âge). Réciproquement, l'usufruit pourra durer plusieurs années sans que l'usufruitier recueille aucuns fruits (art. 585).

Et puisque l'usufruitier ne devient propriétaire des fruits naturels que par leur séparation de la chose productrice, il s'ensuit que s'il fait une vente de fruits encore sur pied, cette vente est nécessairement faite sous la condition que les fruits seront recueillis avant l'extinction de l'usufruit; en sorte que si l'usufruit s'éteignait avant la récolte faite, la vente serait nulle et les fruits appartiendraient au propriétaire (*ibid.*).

L'usufruitier, quand il prend les fruits existants au commencement de l'usufruit, et pour lesquels les frais de labour ou autres ont été faits par le propriétaire, ne doit aucune indemnité à celui-ci; le propriétaire a le même avantage vis-à-vis de l'usufruitier quand il vient prendre ceux qui existent sur la chose à la fin de l'usufruit. Mais si c'était par un tiers que ces frais eussent été faits, l'usufruitier ne pourrait prendre les fruits qu'en indemnisant ce tiers, sauf son recours contre le propriétaire; et celui-ci, dans le cas réciproque, subirait la même obligation, sauf son recours contre l'usufruitier (*ibid.*).

---

(1) Le texte du Code subdivise les fruits naturels en *naturels* et *industriels*, selon qu'ils s'obtiennent sans culture ou par la culture; mais cette subdivision n'a aucune importance.

IX. — Les fruits civils, au contraire, de quelque source qu'ils proviennent, et à quelque époque qu'ils soient recueillis, sont toujours acquis à l'usufruitier au jour le jour, en proportion du temps que dure sa jouissance; en sorte que, quand l'objet de l'usufruit, quel qu'il soit, procure, par exemple, 1 200 francs par an, l'usufruitier aura toujours droit, ni plus ni moins, à autant de fois 100 francs qu'il y aura de mois de jouissance, à autant de fois 3 fr. 29 cent. qu'il y aura de jours (art. 586).

Or, ce n'est pas seulement dans les intérêts de capitaux placés, dans les arrérages de rentes soit perpétuelles, soit viagères, dans les loyers des maisons, en un mot, dans les valeurs perçues à l'occasion des choses non frugifères, que le Code voit des fruits civils; c'est aussi dans les fermages des biens ruraux, quoique ces fermages ne soient en réalité que le prix des fruits naturels que recueille le fermier. En conséquence, ces fermages, qui n'étaient autrefois acquis à l'usufruitier qu'au fur et à mesure des récoltes faites, d'après la règle des fruits naturels qu'ils représentaient, s'acquièrent aujourd'hui jour par jour, comme les autres fruits civils, d'après la règle que nous venons d'indiquer (*ibid.*).

X. — Nous venons de ranger parmi les fruits civils les arrérages de rentes viagères, en les mettant sur la même ligne que ceux des rentes perpétuelles; c'est qu'en effet, la loi, sans s'arrêter à cette idée que chaque terme des arrérages d'une rente viagère comprend, pour ainsi dire, une fraction du capital avec les intérêts de ce capital, regarde comme formant le bien, comme étant le principe producteur, la rente elle-même, le droit de percevoir, et considère comme simples fruits les arrérages entiers. En conséquence, elle déclare que l'usufruitier d'une rente viagère a droit à la totalité de ces arrérages, sans en excepter même le cas où la rente devrait s'éteindre par la mort de l'usufruitier (art. 588).

XI. — Quoique l'usufruitier n'ait aucun droit sur les futaies non aménagées, ni sur les mines et carrières non mises en exploitation, parce que les arbres composant les premières et les substances renfermées dans les secondes ne sont pas des fruits (n° VII), cependant on lui permet par tolérance de prendre dans les bois des échalas pour les vignes, et les arbres brisés ou arrachés par accident pour les employer aux réparations à faire sur le fonds. Il pourrait même, dans ce dernier but, faire abattre des arbres vifs, comme aussi percer le sol pour en extraire les matériaux; mais, dans tous les cas, il doit faire constater la nécessité contradictoirement avec le propriétaire (art. 592 et 593).

Que si les futaies sont mises en coupes réglées et si les mines ou carrières étaient en exploitation avant l'ouverture de l'usufruit, il est clair qu'il a le droit d'en jouir pleinement, puisque les produits qu'il en tire sont alors des fruits. C'est également par une conséquence naturelle de son droit, et non par faveur, qu'il peut prendre soit des arbres de pépinières, soit des arbres fruitiers qui meurent, à charge de remplace-

ment dans les deux cas, soit enfin les produits périodiques que donnent tous les arbres quels qu'ils soient, tels que glands, faînes, têtes d'aunes, etc. (art. 598, 594 et 590).

XII. — L'usufruitier peut exercer son droit, quant aux immeubles, soit en jouissant par lui-même, soit en les louant; et le bail qu'il en aurait fait, lequel n'était valable autrefois que pour la durée de l'usufruit et par faveur jusqu'à la fin de l'année dans laquelle cet usufruit s'éteignait, doit, d'après le Code, s'exécuter pleinement, pourvu qu'il ait été fait d'après les règles imposées aux tuteurs pour les biens de leurs pupilles, et aux maris pour les biens de leurs femmes. Ces règles consistent en ce que le bail ne doit pas être consenti pour plus de neuf ans, et qu'il ne doit pas être fait plus de trois ans d'avance pour les biens ruraux et deux ans seulement pour les maisons. Le bail consenti pour une trop longue durée, ou trop longtemps d'avance, n'en serait pas moins valable, bien entendu, tant que durerait l'usufruit; mais à l'extinction de cet usufruit, le propriétaire ne serait pas tenu de le respecter s'il n'était pas encore commencé, et s'il était commencé, il pourrait ne l'exécuter que pour la période de neuf ans dans laquelle on se trouverait. Au reste, l'usufruitier peut louer les biens ruraux soit à un fermier, c'est-à-dire à un locataire payant en argent, soit à un colon partiaire (appelé aussi métayer) payant au moyen d'un partage des fruits avec le bailleur (art. 595).

En louant à un fermier un bien dont il avait joui d'abord par lui-même, ou, au contraire, en exploitant par lui-même le bien qu'un fermier occupait d'abord, l'usufruitier, comme on le voit, peut transformer les fruits naturels en fruits civils, ou réciproquement. Cette transformation, qui peut se réaliser plusieurs fois pendant le cours de l'usufruit, ne donne lieu à aucune difficulté; car il suffira d'appliquer divisément la règle d'acquisition des fruits naturels pour tous les fruits que l'usufruitier a recueillis par lui-même, et celle des fruits civils pour tout le temps où il a existé un fermier (art. 586).

Que si c'était un colon partiaire qui existât, soit à l'ouverture, soit à l'extinction de l'usufruit, on voit que l'usufruitier dans le premier cas, et le propriétaire dans le second, recueilleraient des fruits naturels, comme si le fonds n'était pas loué; mais, bien entendu, ils ne recueilleraient que la portion de ces fruits appartenant au bailleur d'après la convention, les autres étant la propriété du colon (*ibid.*).

L'usufruitier peut aussi louer les meubles s'il s'agit de choses qu'on est dans l'usage de louer, comme serait un troupeau; ou que le constituant destinait à être louées, comme seraient les livres d'un cabinet de lecture, ou les meubles meublants d'un hôtel (art. 595).

XIII. — L'usufruitier trouvant dans son usufruit un bien incorporel dont il est propriétaire, et qui est meuble ou immeuble selon la nature mobilière ou immobilière de son objet, cet usufruitier, ce propriétaire de l'usufruit, peut donc intenter et peut seul intenter les actions possessoires ou pétitoires relatives à son bien, au droit de jouissance; et réciproquement, lui seul a qualité pour défendre aux actions que des

tiers voudraient intenter pour cet objet. Cependant, si l'une de ces actions était intentée par le nu propriétaire ou contre lui, et qu'il gagnât le procès, le jugement serait bon contre le tiers qui aurait ainsi consenti à prendre pour adversaire ce nu propriétaire, lequel serait devenu par là le gérant d'affaires de l'usufruitier ; que si ce nu propriétaire perdait, le jugement ne serait pas valable contre l'usufruitier, qui pourrait refuser de sanctionner une gestion d'affaires qui ne lui a pas été utile. Réciproquement et par la même raison, quoique l'usufruitier n'ait pas qualité pour plaider sur la nue propriété, le jugement obtenu par lui n'en serait pas moins valable contre le tiers, mais celui dans lequel il aurait succombé serait sans force contre le nu propriétaire. — Que si le procès concernait la pleine propriété de la chose, c'est-à-dire la nue propriété de l'un et l'usufruit de l'autre, et qu'un seul des deux fût en cause, on appliquerait les règles que nous venons d'indiquer, quant au droit de celui qui n'aurait pas figuré au procès (art. 614).

XIV. — Et puisque l'usufruitier est propriétaire de son droit de jouissance, il s'ensuit qu'il peut aliéner, comme tout autre bien, ce bien incorporel, ou encore le soumettre à une hypothèque, s'il s'agit d'un immeuble. Mais il est bien clair qu'il ne peut aliéner ou hypothéquer que son droit d'usufruit, tel qu'il l'a et sans nuire à la nue propriété qui n'est pas sa chose.

Ainsi, dans le cas d'aliénation à titre gratuit ou onéreux, peu importe, l'acquéreur sera bien propriétaire de l'usufruit à la place du cédant ; c'est lui qui en recueillera tous les avantages, c'est par lui ou contre lui que devront être exercées les actions possessoires ou pétitoires relatives à l'usufruit ; et il pourra, à son tour, aliéner ou hypothéquer cet usufruit, qui est sien maintenant. Mais il n'aura toujours, et ne pourrait transmettre à un autre, que l'usufruit qu'avait le cédant, et qui dès lors s'éteindrait, non pas par sa mort à lui cessionnaire, mais par la mort du cédant, l'ex-usufruitier. Donc, quoique l'usufruit établi au profit et pour la vie de Pierre soit devenu l'usufruit de Paul, de Jacques ou de Jean, c'est toujours sur la vie de Pierre qu'il se mesurera ; car on n'a pas pu créer un usufruit nouveau, mais seulement transmettre le même usufruit à de nouveaux titulaires.

De même l'hypothèque consentie par l'usufruitier ne portera que sur l'usufruit et ne permettra de vendre que cet usufruit, sous les restrictions qui viennent d'être indiquées.

Réciproquement, le nu propriétaire ne peut aliéner, hypothéquer ou grever de servitude que sa nue propriété ; aucune charge réelle ne pourrait être imposée par lui à la jouissance que pour le temps où l'usufruit sera éteint (art. 595 et 621).

XV. — L'usufruitier jouit comme jouirait le propriétaire lui-même. Par conséquent, c'est à lui qu'appartient le droit de chasse ou de pêche, et l'exercice des servitudes attachées au fonds (exercice qui est même un devoir pour lui, comme nous le verrons au paragraphe suivant). Mais cette assimilation avec le propriétaire n'est vraie qu'en ce qui touche l'usage et la jouissance de la chose dans l'état où la reçoit

l'usufruitier, et il ne faudrait pas la prendre d'une manière absolue.

En effet, on a déjà vu que l'usufruitier ne peut pas ouvrir, sur le fonds, des mines ou carrières; il ne peut pas non plus modifier la substance de la chose en faisant, par exemple, d'un bois une vigne, ni réclamer aucune partie du trésor qui serait trouvé sur le fonds, ni prétendre à la jouissance des accroissements que ce fonds peut recevoir, même par accession (excepté quand cette accession s'est faite par alluvion, à cause de la difficulté de bien préciser cet accroissement latent). Ainsi, il ne jouirait ni de l'île née dans la petite rivière bordant le fonds, ni de la portion de terrain que l'eau aurait arrachée à un champ supérieur et fixée à ce même fonds; mais, dans le cas de changement de lit d'un cours d'eau qui viendrait occuper une partie du fonds, il jouirait de l'ancien lit attribué par la loi à titre d'indemnité (art. 397, 578 et 596).

§ 2. — Des obligations de l'usufruitier.

XVI. — L'usufruitier ayant, ni plus ni moins, le *jus in re utendi-fruendi,* le droit réel et absolu de jouir de la chose par lui-même et sans intervention de personne, il s'ensuit qu'il ne peut jamais, ni au commencement, ni pendant le cours de l'usufruit, réclamer du propriétaire aucunes construction, reconstruction, réparation ou amélioration quelconques; il est tenu de se contenter des choses dans l'état où elles se trouvent (art. 600).

En outre de ce devoir, qui n'est pas précisément une obligation, mais seulement la négation d'une faculté et la limite toute naturelle où s'arrêtent les droits de l'usufruitier, la loi impose à celui-ci plusieurs obligations véritables qu'il est tenu de remplir, soit 1° avant d'entrer en jouissance, soit 2° pendant le cours de cette jouissance, soit enfin 3° à l'extinction de l'usufruit.

1° *Obligations dont l'exécution doit précéder l'entrée en jouissance.*

XVII. — Avant d'entrer en jouissance, l'usufruitier a deux obligations à remplir.

Il doit d'abord faire dresser à ses frais un état descriptif des immeubles, et un inventaire des meubles soumis à l'usufruit. S'il se met en possession sans remplir cette obligation, le nu propriétaire peut en poursuivre l'exécution par toutes les voies légales. Que s'il continue de jouir, même sans poursuites du propriétaire, mais sans l'aveu de celui-ci, ce propriétaire pourra, soit pendant le cours, soit à l'extinction de l'usufruit, prouver par titre, par témoins ou même par commune renommée, la consistance du mobilier et aussi l'existence de constructions ou plantations qu'il prétendait avoir été détruites; et quant au reste des immeubles, l'usufruitier serait de plein droit réputé les avoir reçus en bon état, sauf, sur ces différents points, la preuve contraire à faire par l'usufruitier (art. 600).

L'usufruitier peut être dispensé de l'état et de l'inventaire par son

titre constitutif. Toutefois, la dispense accordée par un donateur ou testateur se trouve sans force en présence d'héritiers à réserve, quand la valeur de l'usufruit atteint ou à peu près le montant de la quotité disponible. En tout cas, quand c'est par un legs que l'usufruit est établi, le nu propriétaire, héritier, même non réservataire, ou simple légataire du testateur, peut toujours faire dresser l'état et l'inventaire à ses frais; en sorte que la dispense ne décharge l'usufruitier que de l'obligation de payer les frais (*ibid.*).

XVIII. — L'usufruitier est tenu en second lieu de fournir au nu propriétaire une valable caution qui garantisse à celui-ci que la jouissance s'exercera régulièrement en administrateur soigneux, et qui lui réponde des indemnités qui pourraient lui être dues pour contravention à cette règle. Cette caution, qui doit présenter les qualités requises par la loi pour toute caution, doit être fournie, non pas pour la valeur totale de tous les biens soumis à l'usufruit, mais pour le montant de tout ce que l'usufruitier pourrait devoir par suite d'une jouissance abusive. Ainsi, on calculera la valeur totale de tous les biens meubles (car l'usufruitier peut détruire, vendre ou détourner les meubles corporels, et quant aux rentes et capitaux placés, le remboursement pourrait lui en être fait); mais pour les immeubles, on ne calculera que le montant des dépréciations possibles (art. 601).

XIX. — L'usufruitier peut être dispensé de donner caution soit par la loi même, soit par convention. La dispense de plein droit existe dans trois cas : 1° pour le père ou la mère ayant l'usufruit légal des biens de ses enfants; 2° pour le mari usufruitier légal des biens de sa femme; 3° pour le vendeur ou donateur d'une nue propriété qui se réserve l'usufruit à lui-même. — Ces dispenses, étant de véritables exceptions, ne peuvent pas s'étendre aux cas non prévus : ainsi l'ascendant (même le père ou la mère) qui devient, comme héritier de son descendant, usufruitier légal du tiers des biens pris par les collatéraux, ne serait pas dispensé, puisqu'il est alors usufruitier, non pas du bien du descendant, mais du bien des collatéraux. De même le père ou la mère qui se trouverait usufruitier d'un bien de l'enfant, mais par une cause autre que l'attribution de la loi, devrait la caution, puisqu'il ne serait plus usufruitier légal. Enfin, l'acheteur ou donataire de l'usufruit d'un bien dont le disposant se réserve la nue propriété ne serait pas dispensé, comme l'est le disposant dans le cas inverse (art. 601).

En dehors des trois cas indiqués par la loi, la dispense peut toujours résulter d'une clause de l'acte constitutif, pourvu qu'il ne s'agisse pas du legs d'un usufruit dont l'exercice abusif pourrait nuire aux droits d'héritiers à réserve; car alors ces héritiers pourraient, nonobstant la dispense, exiger caution jusqu'à concurrence de la part de réserve que cet exercice abusif pourrait leur enlever (*ibid.*).

XX. — L'usufruitier non dispensé de donner la caution, et qui n'en trouve pas une, peut offrir en place un gage ou une hypothèque suffisants. Que s'il ne présente ici ni caution, ni gage, ni hypothèque, on prend, dans l'intérêt du propriétaire, les mesures suivantes :

Les immeubles sont loués ou confiés à un séquestre; les denrées et les effets mobiliers sont vendus, et le prix de leur vente, ainsi que l'argent comptant trouvé au commencement de l'usufruit, sont placés à intérêt, au nom et de l'usufruitier et du nu propriétaire, afin que l'un d'eux ne puisse en recevoir le remboursement à l'insu de l'autre. C'est l'usufruitier, bien entendu, qui reçoit les loyers ou fermages des immeubles et les intérêts des capitaux. Quant aux rentes comprises dans l'usufruit, de même que pour les capitaux placés avant son ouverture, le nu propriétaire doit faire signifier par acte authentique à leurs débiteurs une défense de les rembourser arrière de lui, vu le défaut de caution.

La règle qu'à défaut de caution les effets mobiliers doivent être vendus, n'est pas sans exception; on peut y déroger, tantôt en faveur de l'usufruitier, tantôt dans l'intérêt du propriétaire.

Ainsi, quand il s'agit d'objets nécessaires à l'usage personnel de l'usufruitier, les juges peuvent, suivant les circonstances, c'est-à-dire en considérant l'importance des objets relativement au reste de l'usufruit, les besoins et la probité de l'usufruitier, ordonner que ces objets lui seront laissés sous la seule garantie de son serment d'en user modérément. Réciproquement, il est des meubles dont la jouissance pourra être enlevée à l'usufruitier sans aucune indemnité pour lui : nous voulons parler d'objets précieux, que l'on conserve avec soin parce qu'on ne les trouve pas facilement dans le commerce, comme serait une collection de médailles, de tableaux ou de statues ; si l'usufruitier ne trouve aucun moyen d'en garantir au propriétaire la restitution et la conservation, il est clair que celui-ci peut les lui enlever (art. 602 et 603).

XXI. — Au reste, le délai plus ou moins long que l'usufruitier peut mettre à trouver une caution ou une autre garantie équivalente, ne modifie pas son droit aux fruits; ils lui appartiennent toujours du moment même où ils lui auraient appartenu si la caution avait été donnée sans retard, et ceux que le propriétaire aurait recueillis après ce moment devraient être restitués à l'usufruitier (art. 604).

2° *Obligations contemporaines à la jouissance de l'usufruitier.*

XXII. — Dès le jour même de leur entrée en jouissance commence, pour certains usufruitiers, une obligation qui continue pendant toute la durée de cette jouissance, et ne cesse qu'avec l'extinction de l'usufruit : c'est celle d'acquitter annuellement les intérêts des dettes ou d'une partie des dettes qui grèvent le patrimoine de la personne qui a transmis l'usufruit. Cette obligation ne frappe que sur l'acquéreur à titre gratuit d'un usufruit universel ou à titre universel (art. 612).

La quotité d'intérêts que doit supporter l'usufruitier universel à titre gratuit se connaît toujours *à priori :* c'est la totalité, quand il a l'usufruit de tous les biens; c'est le quart, le tiers, la moitié, ou les trois quarts, quand il n'a l'usufruit que de la quotité disponible, et qu'il existe des héritiers à réserve. La quotité que doit l'usufruitier à titre

universel est également connue quand son usufruit frappe sur une quote de tout l'ensemble du patrimoine; mais il n'en serait plus ainsi s'il frappait sur tous les immeubles, ou sur tous les meubles, ou sur une quote de ces immeubles ou de ces meubles. Dans ce cas, il faudrait, pour connaître la part contributoire de l'usufruitier dans l'intérêt des dettes, estimer d'une part les biens soumis à l'usufruit, d'autre part, l'universalité du patrimoine, et établir une proportion entre les deux valeurs (*ibid.*).

Il y a plusieurs moyens de faire subir à l'usufruitier le payement des intérêts qu'il doit supporter : 1° si l'usufruit comprend des capitaux, on paye les dettes avec eux, et par là l'usufruitier subit la perte des intérêts, en même temps que le propriétaire celle du capital; 2° si, à défaut de capitaux soumis à l'usufruit, le propriétaire paye les dettes de ses deniers, l'usufruitier lui compte, pendant toute la durée de l'usufruit, l'intérêt du capital qu'il a déboursé; 3° si le propriétaire ne peut ou ne veut payer la somme, on vend jusqu'à due concurrence une partie des biens soumis à l'usufruit, et par ce moyen encore l'usufruitier perd l'intérêt, et le propriétaire le capital; 4° enfin, si l'usufruitier, pour éviter la vente du bien, consent à payer lui-même le capital, le propriétaire ne lui remboursera le capital qu'à l'extinction de l'usufruit. — Que si les dettes ne sont pas exigibles, l'usufruitier en paye directement les intérêts aux créanciers. C'est ce qui a lieu pour les rentes, et aussi bien pour les rentes viagères que pour les rentes perpétuelles. Nous avons déjà vu, en effet, que les arrérages des rentes viagères ne sont que des fruits, de simples intérêts pour la totalité; l'usufruitier universel ou à titre universel, à titre gratuit doit donc les payer dans la proportion de sa jouissance (*ibid.*).

N. B. — Un usufruitier, quel qu'il soit, peut se trouver contraint, pour conserver son usufruit, d'acquitter le capital d'une dette hypothéquée sur le bien soumis à cet usufruit. Dans ce cas, il a son recours pour ce capital et pour les intérêts s'il s'agit d'un usufruit particulier ou d'un usufruit établi à titre onéreux; que si l'usufruit est à titre gratuit, et universel ou à titre universel, l'usufruitier a toujours son recours pour le capital, mais il supporte, ainsi qu'on vient de le dire, ou la totalité ou une portion des intérêts (art. 612).

Lorsque le nu propriétaire du bien hypothéqué est en même temps le débiteur de la dette, c'est contre lui que le recours s'exerce et pour le capital et pour les intérêts. Que si le nu propriétaire n'est pas le débiteur, c'est contre ce dernier seulement qu'on peut recourir pour les intérêts; quant au capital, il peut être réclamé soit à ce débiteur, soit au nu propriétaire (dont l'usufruitier a fait l'affaire en payant ce capital, puisqu'il lui a épargné par là l'expropriation de sa nue propriété); mais, bien entendu, ce nu propriétaire, s'il paye ce capital, pourra recourir contre le débiteur (*ibid.*).

XXIII. — Nous avons à indiquer maintenant diverses obligations qui existent pour tout usufruitier quel qu'il soit.

Et d'abord, c'est à l'usufruitier de supporter toutes les charges qui,

d'après les règles d'une saine administration, doivent se payer sur les fruits du bien. Ainsi, il est tenu d'acquitter les contributions, de payer le salaire des gardes, le curage des étangs, rivières et fossés, et de faire à ses frais toutes les réparations d'entretien (art. 605 et 608).

Il est évident que l'usufruitier peut toujours se libérer pour l'avenir des réparations d'entretien en renonçant à son usufruit; mais il ne peut pas se décharger, même en offrant de rendre les fruits qu'il a perçus, de celles qui sont devenues nécessaires pendant sa jouissance. L'obligation de les exécuter est née contre lui par le fait même de sa jouissance; et une fois que cette obligation est née, elle ne pourrait se transformer en celle de rendre les fruits perçus que par le consentement des deux intéressés (*ibid.*).

XXIV. — Quant aux grosses réparations, c'est au propriétaire de les faire, s'il juge à propos; mais s'il les fait, l'usufruitier doit supporter l'intérêt des sommes déboursées. Que si, sans attendre les ordres du propriétaire, l'usufruitier a fait faire de ses deniers les grosses réparations, il faut voir s'il est probable que le nu propriétaire les eût fait faire, s'il eût été de son intérêt de les faire. S'il en est ainsi, il y a eu gestion d'affaire utile au propriétaire, et celui-ci doit rembourser à l'usufruitier ses dépenses; mais seulement à la fin de l'usufruit, afin que les intérêts restent au compte de l'usufruitier. Que si les circonstances donnent lieu de croire que le propriétaire n'aurait pas fait ces grosses réparations, les dépenses resteront au compte de l'usufruitier (art. 607).

L'usufruitier, bien entendu, devrait payer les grosses réparations si elles étaient occasionnées par le défaut de réparations d'entretien devenues nécessaires depuis l'ouverture de son usufruit, ou par les dégradations qu'il aurait commises; comme, réciproquement, le propriétaire serait obligé de faire à ses frais les réparations d'entretien qu'il aurait rendues nécessaires par son fait (art. 605-607).

N. B. — Il serait difficile de préciser la ligne de démarcation qui sépare les réparations d'entretien et les grosses réparations. Ce qu'on peut dire, c'est que les réparations d'entretien sont celles qui, revenant périodiquement, passent universellement pour une charge des revenus, tandis que les autres sont des accidents exceptionnels. Les grosses réparations ont en général pour objet de refaire ou 1° toute une partie des constructions, comme une toiture entière, une cheminée entière, tout un mur de clôture; ou 2° une chose dont la ruine entraînerait immédiatement ou prochainement celle d'une construction entière, comme une poutre ou l'un des gros murs d'un bâtiment. — C'est par application du principe qui oblige l'usufruitier à entretenir la chose sans lui imposer les grosses réparations que l'usufruitier d'un troupeau est tenu de maintenir toujours ce troupeau dans le même état, en remplaçant annuellement les vieilles têtes par de jeunes animaux nés de ce troupeau, et même, quand le troupeau périt en partie, en employant ces jeunes animaux à le recompléter, mais sans jamais être

tenu d'acheter des bêtes : c'est seulement au moyen du croît qu'il doit maintenir le troupeau (art. 606 et 616).

XXV. — Quand des charges extraordinaires viennent frapper sur le bien soumis à l'usufruit; par exemple, si, par suite d'une guerre, une somme fixe est levée sur les propriétaires d'une commune, d'un canton, etc., en proportion de la valeur de chaque propriété, l'usufruitier est obligé de supporter les intérêts de la somme pour laquelle le fonds contribue; et l'on applique alors un des quatre modes indiqués plus haut dans le n° XXII (art. 609).

XXVI. — Les frais des procès relatifs au bien soumis à l'usufruit sont à la charge de l'usufruitier d'après les distinctions suivantes.

La règle est différente selon que l'usufruit est établi à titre gratuit ou à titre onéreux.

1° Quand l'usufruit est à titre gratuit, l'usufruitier supporte pour le tout, c'est-à-dire pour le capital aussi bien que pour les intérêts, les frais du procès qui ne concerne que la jouissance. Que si le procès concerne la pleine propriété, l'usufruitier et le nu propriétaire contribuent au payement de ces frais de l'une de ces deux manières. Si, après le procès dont il s'agit, l'usufruit continue, le nu propriétaire subit la perte du capital, et l'usufruitier celle de la jouissance, par l'un des quatre moyens déjà indiqués; que si le procès a eu pour résultat l'extinction de l'usufruit, c'est une fraction du capital même des frais que l'usufruitier doit payer. Cette fraction sera, par rapport à la somme totale, celle que présentait la valeur de l'usufruit par rapport à la valeur de la pleine propriété.

2° Quand l'usufruit est à titre onéreux, le constituant étant alors tenu de garantir cet usufruitier, celui-ci, quand il payera tout ou partie des frais, aura son recours contre ce constituant, comme il l'aura pour la valeur entière de l'usufruit quand le résultat du procès sera l'extinction de cet usufruit (art. 613).

XXVII. — L'usufruitier est tenu de veiller à la conservation du bien et au maintien des droits du propriétaire. En conséquence, il doit exercer toutes les servitudes actives attachées au fonds, sans quoi et s'il en laissait éteindre quelqu'une par le non-usage, il en serait responsable vis-à-vis du propriétaire. Il est également obligé d'avertir le propriétaire, dans un délai de huit jours francs, plus un jour pour trois (1) myriamètres de distance entre le lieu de la situation du bien et le domicile de ce propriétaire, des usurpations qu'un tiers pourrait commettre sur le fonds, ou de toute atteinte qu'il pourrait porter aux droits de ce propriétaire. Il doit faire signifier l'avis par huissier ou du moins s'en faire donner acte par le propriétaire, ou se procurer un autre moyen de preuves. Si le bien est occupé par un locataire, celui-ci est obligé de donner l'avis à l'usufruitier, qui doit le transmettre au propriétaire et qui demeure toujours responsable vis-à-vis de lui (art. 597 et 614).

---

(1) Pour cinq myriamètres aujourd'hui (C. pr. civ., art. 1033 nouveau).

3° Obligations relatives à l'extinction de l'usufruit.

XXVIII. — L'usufruitier doit, à la fin de l'usufruit, restituer au propriétaire l'objet soumis à l'usufruit, ou ce qui reste de cet objet détruit ou détérioré sans sa faute. Ainsi, quand l'usufruit portait sur une maison qui vient à périr, l'usufruitier doit livrer au propriétaire tous les matériaux; quand il portait sur un troupeau ou bien sur un ou plusieurs animaux qui viennent à périr, l'usufruitier doit en rendre les cuirs; s'il comprenait des meubles meublants, ou d'autres choses se détériorant promptement par l'usage, il doit également les rendre dans l'état où ils se trouvent, ou prouver qu'ils sont entièrement usés sans aucune faute de sa part. Que si c'est par la faute de l'usufruitier qu'a eu lieu la destruction de l'édifice ou des autres objets quels qu'ils soient, il est clair qu'il en doit payer la valeur au propriétaire (art. 589, 623 et 624).

XXIX. — L'usufruitier est obligé de laisser sans indemnité au propriétaire les diverses améliorations qu'il pourrait avoir faites sur le bien, parce qu'il est légalement réputé ne les avoir faites qu'en vue des avantages qu'il en pourrait retirer pendant sa jouissance, et sans aucune pensée d'un enlèvement qu'il serait souvent fort difficile ou même impossible d'exécuter. Ces raisons n'existent pas pour des glaces, tableaux, statues et autres objets dont l'enlèvement est facile; l'usufruitier peut les retirer en remettant les choses au même état que devant (art. 599).

Que si, au lieu de simples améliorations plus ou moins considérables, il s'agissait de constructions, de plantations ou autres grands ouvrages, on a déjà vu que l'usufruitier aurait droit ou au montant de ses dépenses, ou à l'enlèvement de ses matériaux. (Résumé de la *Propriété,* n° XI.)

XXX. — L'usufruitier devant jouir en bon administrateur, il s'ensuit que si, à la fin de l'usufruit, il se trouvait avoir recueilli prématurément des fruits qui devraient être encore sur pied, il en devrait la valeur au propriétaire; tandis qu'il n'aurait droit à aucune indemnité dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il existait encore sur pied des fruits qu'il aurait pu recueillir. Cette double solution résulte de ce principe que les fruits naturels n'appartiennent à l'usufruitier que sous les deux conditions 1° d'être séparés du fonds, et 2° de n'être séparés qu'à l'époque où ils doivent l'être.

Si cependant les deux circonstances se présentaient simultanément : si l'usufruitier avait recueilli d'une part des fruits qu'il ne devait pas encore prendre, mais en laissant d'un autre côté des fruits qu'il eût pu recueillir, comme alors son mode de jouissance, considéré dans son ensemble, n'est pas préjudiciable au propriétaire, tout irrégulier qu'il est, on devrait dire qu'il n'y a pas lieu pour ce propriétaire à parler d'indemnité (art. 585).

SECTION III.

DE L'EXTINCTION DE L'USUFRUIT.

XXXI. — L'usufruit peut s'éteindre par dix causes différentes :

1° *La mort naturelle ou civile de l'usufruitier*. L'usufruit dépouillant de toute utilité la nue propriété, qui n'a plus de valeur que par l'expectative de la cessation de cet usufruit, la loi n'a pas permis qu'il pût jamais durer au delà de l'existence du bénéficiaire. Ceci n'empêche pas, bien entendu, d'établir l'usufruit au profit de plusieurs personnes dont la seconde devra l'exercer après la mort de la première, et ainsi de suite; mais il faut que ces diverses personnes existent toutes lors de la constitution de l'usufruit (art. 617).

2° *L'expiration du terme marqué;* pourvu, d'après ce qui vient d'être dit, que l'usufruitier ne soit pas frappé de mort naturelle (ou civile) avant l'échéance de ce terme. Si l'on a pris pour terme l'arrivée d'une tierce personne à un âge déterminé, la mort de cette personne avant cet âge n'éteindra pas l'usufruit; à moins pourtant que l'usufruit ne fût établi précisément en considération de l'existence de cette personne. Si le terme était la mort de cette personne, il ne s'entendrait que de sa mort naturelle, à moins que le contraire ne fût dit ou ne résultât des circonstances (art. 617 et 620.)

Quand l'usufruit est établi au profit d'une personne morale, par exemple, une commune, un hospice, etc., la cessation de l'existence de cette personne morale (laquelle éteindrait l'usufruit par la première cause indiquée) pouvant n'arriver qu'après plusieurs siècles, la loi fixe elle-même pour l'usufruit un délai de trente ans, qui ne peut pas être dépassé (art. 619).

3° *La consolidation,* c'est-à-dire l'acquisition de la nue propriété par l'usufruitier. Si le titre de l'acquisition se trouvait résolu *ex tunc,* l'usufruit renaîtrait (art. 617).

4° *Le non-usage pendant trente ans* (même article).

5° *La destruction totale de la chose.* Quand la chose ne périt qu'en partie, l'usufruit continue sur l'autre partie et sur les débris de la partie détruite; c'est ce qui a lieu quand il périt une construction existant sur un domaine soumis à l'usufruit : cet usufruit continue même sur le sol et les matériaux de cette construction. Mais quand l'objet de l'usufruit périt tout entier, l'usufruit est complétement éteint : ainsi, alors même que l'usufruit frapperait sur plusieurs maisons contiguës, mais dont chacune forme un objet distinct de cet usufruit, la destruction d'une de ces maisons éteindrait l'usufruit quant à elle, et l'usufruitier ne pourrait pas jouir du sol et des matériaux (art. 617, 623 et 624).

Au reste, il faut, pour que l'usufruit s'éteigne, que la chose périsse réellement; il ne suffirait pas de la destruction morale, juridique, admise par les Romains. Ainsi, quoiqu'il ne restât plus que quelques têtes d'un nombreux troupeau, qu'un étang se trouvât desséché, ou

qu'un champ se changeât en marais, l'usufruit n'en devrait pas moins continuer (art. 617).

6° *L'abus de jouissance de l'usufruitier.* Ici, l'extinction doit être prononcée par les tribunaux, qui peuvent, selon la gravité des circonstances, ou 1° prononcer cette extinction absolument et sans indemnité pour l'usufruitier, ou 2° ne la prononcer qu'à la charge par le propriétaire de payer annuellement à l'usufruitier une somme déterminée, jusqu'à l'époque où l'usufruit se serait éteint par une autre cause, ou enfin, 3° maintenir l'usufruit, soit en prenant les mesures indiquées au n° XX pour le cas où l'usufruitier ne trouve pas de caution, soit en le maintenant lui-même en jouissance, vu les garanties qu'il offre pour l'avenir (en outre, bien entendu, des indemnités dues pour le passé).

Les tribunaux devront toujours prendre un des moyens indiqués au 2° et au 3°, et ne pas prononcer l'extinction pure et simple, quand des créanciers de l'usufruitier interviendront (art. 618).

7° *La renonciation de l'usufruitier.* Il importe peu qu'elle soit gratuite ou à titre onéreux; mais les créanciers peuvent faire annuler cette renonciation si elle est faite en fraude de leurs droits.

Quand la renonciation qui fait préjudice aux créanciers est gratuite, la fraude se présume, et ce serait au renonçant ou à celui qui profite de la renonciation à prouver la bonne foi. Quand la renonciation est faite au profit d'un autre que le nu propriétaire, l'usufruit ne cesse que *relativement* à l'usufruitier, et non absolument, puisque c'est toujours le *même* usufruit qui passe à un nouveau titulaire (art. 622).

L'action des créanciers, en annulation de l'acte frauduleux de leur débiteur, se nomme dans la doctrine *action paulienne.*

8° *La prescription à l'effet d'acquérir,* ou *usucapion.* Tandis que l'extinction par le non-usage (qui présente un cas de prescription à l'effet de se libérer, et qui résulte de la seule circonstance que l'usufruitier ne possède pas) ne peut s'accomplir qu'au profit du nu propriétaire et par trente ans seulement, l'usucapion (qui ne résulte que de la possession effective d'une personne autre que l'usufruitier) s'accomplit soit au profit de ce nu propriétaire, soit au profit d'un tiers; et elle s'accomplit tantôt par trente ans, si le possesseur manque d'un juste titre ou de bonne foi, tantôt par dix ou vingt ans, quand il a titre et bonne foi (Appendice aux art. 617-624).

9° *L'accomplissement de la condition résolutoire* à laquelle était soumis l'usufruit (*ibid.*).

10° *Enfin, la résolution* ex tunc *du droit du constituant* (*ibid.*).

CHAPITRE II.

DE L'USAGE.

XXXII. — L'usage est, dans notre droit, un usufruit restreint aux besoins de l'usufruitier et de sa famille; il prend le nom d'*habitation* quand il frappe sur une maison (prélim. de l'art. 625).

On entend ici par famille l'épouse du bénéficiaire, ses enfants, soit légitimes, soit naturels reconnus, soit même adoptifs, et ses domestiques; et ce, alors même qu'il n'avait ni femme ni enfants au moment de la concession de l'usage (art. 630 et 632).

XXXIII. — *De l'établissement de l'usage.* — Il s'établit de la même manière que le plein usufruit; sauf pourtant qu'il n'existe aucun cas d'usage légal (art. 625).

XXXIV. — *Des effets de l'usage.* — Tout ce qui a été dit ci-dessus (nos XVII à XXI) sur l'obligation pour le plein usufruitier de faire faire un inventaire des meubles et un état des immeubles, et de présenter une caution, ainsi que sur le cas où il est dispensé de ces obligations, s'applique à l'usager; sauf ces deux modifications, 1° que les deux premiers cas de dispense de caution ne peuvent pas se présenter ici, puisqu'il n'existe pas d'usage légal, et 2° que la jouissance de la chose devant, dans bien des cas, rester au propriétaire, ainsi qu'on va le voir, il n'y a lieu alors ni à l'inventaire, ni à l'état, ni à la caution (art. 626).

Quand l'usager doit absorber tous les fruits du fonds, c'est lui qui est mis en jouissance; si, au contraire, ses besoins ne lui donnent droit qu'à une partie de ces fruits, c'est le propriétaire qui continue d'en jouir, à la charge de délivrer à l'usager la portion de fruits qui lui appartient (art. 630).

L'usager qui absorbe tous les fruits, ou qui occupe la maison entière, est assujetti pour le tout aux réparations d'entretien, aux contributions et aux diverses autres charges de la jouissance; celui qui ne reçoit qu'une partie des fruits, ou qui n'occupe qu'une partie de la maison, y contribue avec le propriétaire au prorata de la jouissance (*ibid.*)

L'usager, alors même qu'il absorbe tous les fruits ou occupe toute la maison, ne peut jamais louer, céder ni hypothéquer son droit, lequel ne peut pas non plus être saisi (art. 631 et 334).

Sauf ces observations, il faut appliquer ici tout ce qui a été dit à la section II ci-dessus. Au surplus, ces règles pourraient être modifiées par l'acte qui établit le droit d'usage.

XXXV. — *De l'extinction de l'usage.* — Les causes de l'extinction de l'usage sont celles que nous avons indiquées pour l'usufruit, à l'exception de la mort civile (art. 625).

N. B. — Il ne s'agit pas, dans ce chapitre, des droits d'usage dans les bois et forêts; ces droits ont une législation spéciale.

CHAPITRE III.

DU QUASI-USUFRUIT.

XXXVI. — Les choses de consommation et les choses fongibles ne sont pas susceptibles d'usufruit, puisqu'elles doivent se consommer par le premier usage auquel les destine ou leur nature même ou l'in-

tention des parties : le premier acte de jouissance qu'on exercera sur elles devant être leur destruction même, il est bien impossible, quand on attribue cette jouissance à l'un, de conserver la propriété à un autre.

Pour remplacer cet usufruit impossible par quelque chose d'équivalent, on a imaginé d'aliéner ces choses sous l'obligation par l'acquéreur de restituer ou leur valeur, ou des choses semblables, à l'époque à laquelle il aurait rendu la chose même, s'il y avait eu vraiment usufruit. Cette aliénation se nomme quasi-usufruit, et l'acquéreur quasi-usufruitier.

Et de même que l'usufruit, c'est-à-dire le droit de jouir de la chose, dure et se continue depuis l'entrée en possession jusqu'à la restitution, de même on appelle quasi-usufruit le droit qui dure pour le quasi-usufruitier, jusqu'à ce moment de la restitution et longtemps après que la chose est consommée. Or, ce droit ne peut plus être alors un droit quelconque sur la chose, puisqu'elle est consommée; c'est uniquement le droit de ne restituer que plus tard les choses dont il s'agit : considéré sous ce rapport, le quasi-usufruit n'est rien autre chose que le terme même dont l'acquéreur jouit pour la restitution à faire.

Ce quasi-usufruit doit donc se définir différemment, selon qu'on le considère au moment même de son établissement ou pendant le cours de sa durée. Dans le premier cas, c'est la translation de propriété de choses fongibles ou de consommation, à la charge par l'acquéreur de payer leur valeur ou de livrer des choses semblables, quand se réalisera l'une des causes d'extinction d'usufruit applicables à la matière (car toutes ne sont pas applicables, comme on va le voir). Dans le second cas, c'est précisément le droit de ne rendre que plus tard et à l'échéance de l'une de ces causes d'extinction la valeur de la chose acquise ou une chose semblable (art. 581 et 587).

XXXVII. — Le quasi-usufruit suit, autant que la nature des choses le permet, les mêmes règles que l'usufruit.

Ainsi, d'abord, il s'établit absolument de la même manière que l'usufruit.

Le quasi-usufruitier doit, comme l'usufruitier, faire dresser un inventaire des choses qu'on lui livre, et, s'il n'est pas dans un des cas de dispense indiqués plus haut, donner une caution, un gage ou une hypothèque qui garantisse la restitution à faire, et dont le chiffre, dès lors, doit être de toute la valeur des choses livrées.

L'extinction du quasi-usufruit, en d'autres termes, l'échéance de l'obligation de restituer, ne se réalise que par l'une de ces quatre causes : 1° la mort naturelle (ou civile) de l'usufruitier; 2° l'expiration du terme marqué par la loi ou par les parties; 3° la renonciation du quasi-usufruitier; 4° l'accomplissement de la condition à laquelle était soumise la restitution. Et il faut appliquer ici les observations que nous avons faites sur ces mêmes causes d'extinction en cas d'usufruit (Append. aux art. 617-624).

XXXVIII. — Au reste, il faut remarquer et ne jamais perdre de vue

que, soit dans les textes de la loi, soit dans les dispositions de l'homme, le quasi-usufruit se présente habituellement sous le nom d'usufruit.

TITRE IV.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

(Décrété le 31 janvier 1804. — Promulgué le 10 février.)

578. — On sait déjà qu'on appelle en général servitude tout démembrement de la propriété d'une chose, tout droit réel dans cette chose, *jus in re,* soit que ce droit existe au profit d'une personne, soit qu'on l'ait créé pour l'avantage d'une autre chose. — Quand la servitude est au profit d'une personne, elle se nomme pour cela *servitude personnelle,* et elle peut exister tantôt sur des meubles, tantôt sur des immeubles, comme on l'a vu au titre précédent. Quand la servitude est au profit d'une chose, on l'appelle *servitude réelle,* et elle ne peut exister que sur un immeuble et au profit d'un immeuble. C'est parce que les servitudes réelles ne peuvent exister qu'entre deux immeubles, entre deux fonds, qu'on les appelle aussi *services fonciers.*

Ainsi, quand on dit SERVITUDE, sans ajouter aucune épithète, on dit DROIT RÉEL, droit sur une chose; quand on dit SERVITUDE *personnelle,* on dit DROIT RÉEL *personnel,* droit sur une chose au profit d'une personne, réel par son objet, et personnel par son sujet; quand enfin on dit SERVITUDE *réelle,* on dit DROIT RÉEL *réel,* c'est-à-dire droit réel par son objet et réel aussi par son sujet, droit sur une chose et au profit d'une chose, et l'on indique de plus que ces deux choses sont immobilières.

579. Il est à remarquer que le Code ne parle jamais de servitudes personnelles; il s'occupe bien de l'usufruit, de l'usage, etc., mais il ne leur donne jamais le nom de servitudes, qu'il réserve exclusivement pour les services fonciers. Ceci tient à la crainte qu'ont eue les rédacteurs de rien laisser dans leur œuvre qui pût présenter l'ombre seulement des droits féodaux abolis par l'Assemblée constituante. C'est par suite de cette même idée qu'ils ont eu soin de déclarer, dans l'art. 638, que la servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre, aucune suprématie du propriétaire de l'un sur le propriétaire de l'autre, et de répéter dans l'art. 686 que les services fonciers ne peuvent être imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds.

Il nous arrivera souvent de suivre la terminologie du Code et d'appeler simplement *servitudes* les servitudes réelles ou *prédiales.*

637. — Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.

580. On appelle *fonds dominant,* l'immeuble au profit duquel est établie la servitude, et *fonds servant,* celui sur lequel elle frappe. C'est en considérant la servitude par rapport au fonds servant, que notre article l'appelle une *charge;* il est clair que réciproquement elle devient un *droit* quand on la considère par rapport au fonds dominant, comme le fait Justinien (*Instit.,* l. 2, t. 2, § 3), et comme nous l'avons fait souvent nous-mêmes, en disant que la servitude est un *jus in re.* — Du reste, la servitude peut être établie aussi pour le simple agrément d'un fonds (1).

638. — La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre.

639. — Elle dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires.

581. Cet article, qui classe les servitudes en trois catégories, sert de point de départ à la division de notre titre. Ce titre, en effet, présente trois chapitres, qui s'occupent :

Le premier, *des servitudes dérivant de la situation des lieux;*

Le deuxième, *des servitudes établies par la loi;*

Le troisième, *des servitudes établies par le fait de l'homme.*

Cette dernière expression, employée par la rubrique du chapitre III, est beaucoup plus exacte que celle de notre article ; car ce n'est pas toujours par convention que s'établissent les servitudes de la dernière classe : un testament n'est pas une convention, et les servitudes s'établissent par testament ; la prescription, la destination du père de famille, ne sont pas des conventions, et elles peuvent aussi créer des servitudes (art. 690 et 692).

581 *bis.* Un autre reproche qu'on peut adresser à notre article, et par suite au plan du titre, c'est d'avoir divisé en deux classes des servitudes qui ne présentent vraiment qu'une classe unique. En effet, les servitudes que le Code dit dériver de la situation des lieux sont nécessairement des servitudes légales : elles sont imposées par la loi ; seulement, c'est à cause de la situation même des lieux que la loi les impose, tandis que les autres ne sont fondées que sur l'intérêt de la propriété foncière. Il fallait donc n'en faire qu'une grande classe expliquée dans un chapitre unique, et qui se serait divisé en deux parties faisant chacune l'objet d'une section.

Ainsi, notre article aurait dû dire pour les servitudes, comme le fait l'art. 599 pour l'usufruit, qu'elles s'établissent ou 1° par la loi, ou 2° par la volonté de l'homme.

Et encore ce plan ne serait pas à l'abri de toute critique ; on pourrait dire que de ces deux classes de servitudes, la première ne mérite pas de porter ce nom ; que toute obligation imposée par la loi, soit à raison

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Servitudes, n°s 20 et suiv.).

de la situation même des lieux, soit pour toute autre cause, c'est-à-dire tout ce que le Code appelle servitude naturelle dans notre chapitre Ier, et servitude légale dans le chapitre II, n'est point vraiment servitude. En effet, une servitude est, à proprement parler, non pas toute espèce de charge, mais seulement une charge exceptionnelle, une charge imposée en dehors des règles générales, en dehors du droit commun à tous. Mais s'il en est ainsi, les charges imposées par la loi même, soit à tous les fonds indistinctement, soit à tous ceux qui se trouvent dans telle condition déterminée, étant générales pour tous ces fonds, ne sont donc pas de vraies servitudes ; elles forment vraiment le droit commun de tous les immeubles ou des immeubles de telle classe. Toutefois, pour ne pas tomber dans un rigorisme outré, nous appellerons aussi servitudes les obligations entre voisins, que présentent sous ce nom nos deux premiers chapitres, en les qualifiant seulement de servitudes improprement dites, pour les distinguer des servitudes véritables, des charges vraiment exceptionnelles créées par le fait de l'homme et dont s'occupe le chapitre III, en ayant soin, au surplus, de déduire en leur lieu les conséquences qui découlent de ce que ce ne sont pas là de vraies servitudes.

CHAPITRE PREMIER.

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX.

640. — Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué.

Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement.

Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.

I. — 582. Un fonds est obligé, par la force même des choses (dont la loi ne fait ici que consacrer les conséquences), de recevoir les eaux, et aussi les terres et les cailloux qui descendent naturellement du fonds supérieur (1), et réciproquement, le propriétaire du fonds supérieur ne pourrait pas venir me réclamer les pierres ou cailloux amenés sur mon terrain par les eaux, ou descendus par l'effet de la pente du sol.

L'inconvénient pour moi de recevoir tout ce qui tombe du fonds supérieur, mais aussi l'avantage de voir mon terrain s'engraisser au moyen de l'humus qui en peut descendre, sont l'un et l'autre des conditions naturelles et forcées de la position respective de nos héritages.

II. — 583. Si c'était par le fait du propriétaire supérieur que des

(1) *Conf.* Poitiers, 6 mai 1856 (Dev., 56, II 470).

cailloux, des eaux, etc., descendissent sur le terrain inférieur, le propriétaire de celui-ci ne serait plus obligé de les recevoir; car la loi n'entend consacrer que le résultat naturel de la position des lieux. Ainsi, je ne suis pas tenu de laisser couler à travers mon jardin les eaux qui sont amenées sur le vôtre par vos gouttières, et qui forment sur un seul point un courant assez considérable, tandis que, si vous n'aviez pas de gouttières, une bonne partie de ces eaux se perdrait dans votre sol, et l'autre partie arriverait sur mon fonds tellement divisée sur l'étendue de votre terrain, qu'elle ne me causerait que peu ou point de dommage (1). Vous devez donc, en établissant des gouttières, vous arranger de manière à conserver cette eau dans un réservoir ou à la faire perdre au fond de votre sol, ou s'écouler sur la voie publique (*voy.* l'art. 681). — Ainsi encore, je ne suis pas tenu de recevoir vos eaux de ménage (2), ou celles que jette le déversoir de votre usine, ou celles d'un étang que vous avez créé, etc. (3); vous devez les faire perdre ou dans votre sol, ou dans un cours d'eau, ou sur la voie publique (4).

Et, bien entendu, quand vous faites écouler sur la voie publique les eaux dont le cours n'est pas naturel, ce doit être de manière qu'elles se perdent vraiment sur cette voie publique, et non pas de telle sorte qu'elles ne fassent que la traverser pour venir faire irruption sur ma propriété; car la circonstance qu'un chemin sépare nos deux héritages ne peut pas vous autoriser à mépriser mes droits, ni vous dispenser de réparer le tort que vous me causez par votre faute. La présence de la voie publique, sur laquelle on peut faire couler ses eaux, d'après l'article 681, produit le même effet que la présence d'un terrain intermédiaire dont le propriétaire voudrait bien ne pas se plaindre de l'écoulement de vos eaux; le silence de ce propriétaire ne pourrait pas m'empêcher de me plaindre moi-même du préjudice que je subis (5).

584. Que s'il y avait impossibilité complète d'empêcher l'eau amenée par le fait du propriétaire supérieur de couler sur le fonds inférieur; par exemple, s'il s'agissait d'un puits artésien qu'on a fait creuser, et qui donne de l'eau en telle quantité qu'il est impossible de la perdre dans le sol (quand il n'y a d'ailleurs dans le voisinage aucune voie publique par laquelle on puisse la diriger), alors, et alors seulement, le propriétaire inférieur serait tenu de la laisser passer; mais toutefois, comme c'est par le fait du propriétaire supérieur que cette nécessité s'est réalisée, on aurait droit contre lui à une indemnité.

Ainsi, le propriétaire est obligé de laisser passer l'eau 1° sans indemnité, quand cette eau arrive sans aucun fait du propriétaire supérieur;

---

(1) *Conf.* Cass., 11 déc. 1860 (Dev., 61, I, 633; Dall., 61, I, 10).

(2) *Conf.* Cass., 19 juin 1865 (Dev., 65, I, 337).

(3) Le propriétaire d'un étang ne peut, dans le but de mettre cet étang en culture, dériver le cours des eaux, de telle manière qu'elles refluent sur le fonds dominant. Cass., 4 juill. 1860 (Dev., 61, I, 177; Dall., 60, I, 432).

(4) La circonstance que les eaux traversent la voie publique pour arriver du fonds supérieur au fonds inférieur n'est pas de nature à affranchir ce dernier fonds de la servitude d'égout. Cass., 3 août 1852 (Dev., 52, I, 654; Dall., 52, I, 220; *J. Pal.*, 53, II, 571).

(5) Cassation d'un arrêt de Nancy, 8 janv. 1834 (Dev., 34, I, 169).

2° au moyen d'une indemnité, quand elle est amenée en tout ou partie par le fait de l'autre propriétaire, mais qu'il y a impossibilité d'en supprimer ou détourner le cours. Il est évident, au surplus, que quand il y a pour le propriétaire obligation de recevoir l'eau, il ne peut faire aucun travail qui en empêche l'écoulement (1).

641. — Celui qui a une source dans son fonds, peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription.

642. — La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété.

SOMMAIRE.

I. Celui dans le fonds duquel naît une source en est propriétaire et peut absorber l'eau; mais le droit sur le cours d'eau peut s'acquérir au profit des propriétaires inférieurs par trente ans d'usage, à partir d'ouvrages visibles par eux accomplis.

II. Erreur de Toullier, Henrion, Proudhon, M. Duranton et de la jurisprudence, qui veulent que les ouvrages soient faits sur le fonds où naît la source. Observation sur Toullier et M. Duvergier.

III. La prescription peut s'acquérir même par des fonds médiatement inférieurs.

IV. Nos deux articles s'appliquent-ils aux eaux pluviales? Doctrines inexactes de M. Troplong et M. Duvergier.

V. Suite. Autre doctrine, également inexacte, de M. Duranton.

I. — 585. Le propriétaire d'un fonds a le droit, comme on vient de le voir sous l'article précédent, de laisser couler sur le fonds inférieur toutes les eaux de pluie ou de source dont le cours n'est point augmenté par son fait. Il en a le droit, mais il n'y est pas forcé; et il est parfaitement libre d'absorber complétement l'eau (2), à moins, bien entendu, que le propriétaire inférieur n'ait acquis, par prescription, convention ou autrement, le droit de recevoir l'eau sur son fonds.

Pour que ce droit s'établisse par prescription, il faut, d'après l'article 642, une jouissance non interrompue de trente années, de la part

---

(1) Le propriétaire inférieur a le droit de construire des digues pour se préserver de l'inondation du torrent qui borde son héritage, bien que ces digues fassent refluer les eaux d'une manière préjudiciable aux voisins. Cass., 11 juill. 1860 (Dev., 61, I, 510; Dall., 61, I, 111; *J. Pal.*, 61, 888).

(2) *Voy.* Cass., 22 août 1859, 4 déc. 1860 (Dev., 60, I, 369; 61, I, 623; Dall., 60, I, 221; 61, I, 149). — Il peut céder l'usage exclusif de la source à certains des propriétaires inférieurs. Cass., 22 mai 1854 (Dev., 54, I, 729; Dall., 54, I, 301). — Il ne perd pas le droit de disposer de la totalité des eaux à leur sortie de son fonds, par cela seul qu'il a laissé couler ces eaux sur la voie publique où elles étaient recueillies par les propriétaires inférieurs. Cass., 19 nov. 1855; 9 déc. 1862 (Dev., 56, I, 609; 63, I, 358; Dall., 56, I, 345; 63, I, 127; *J. Pal.*, 56, I, 490; 63, 977). — Mais le propriétaire d'une source qui alimente un cours d'eau ne peut faire des eaux un usage de nature à les altérer ou à les corrompre. Cass., 27 avr. 1857 (Dev., 57, I, 817; Dall., 57, I, 173; *J. Pal.*, 58, 759).

du propriétaire inférieur, à compter du jour où ce propriétaire a terminé des travaux apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété.

II. — 586. C'est une question très-controversée que celle de savoir si les travaux dont l'accomplissement fait courir le délai de trente ans doivent être faits sur le fonds même où naît la source, ou si le point sur lequel ils sont faits est indifférent. Delvincourt, Pardessus (n° 100), Lassaulx (III, n° 235), Favard (v° Servit., sect. 2), et M. Zachariæ (II, p. 36) enseignent cette dernière idée; mais Toullier (III, 635, note), Henrion de Pansey (*Comp. des j. de paix,* ch. 26, § 4), Proudhon (*Dom. public,* IV, 1372), M. Duranton (V, 181), et avec eux la jurisprudence (1), soutiennent que les travaux doivent être faits sur le fonds supérieur.

Quoique ce dernier système ait pour lui tant d'autorités, il est cependant contraire à la pensée de l'art. 642.

En principe rigoureux, il est vrai, les travaux devraient être faits sur le fonds supérieur lui-même; car la prescription, évidemment, ne peut résulter que du silence gardé par une personne qui avait le droit de se plaindre. Quand, pour jouir du cours d'eau qui naît dans mon fonds et que je laisse passer dans le vôtre, vous faites, mais sur votre fonds seulement, des travaux plus ou moins importants; comme vous êtes parfaitement libre de faire sur votre terrain tout ce qu'il vous plaira, et que je n'ai aucun droit de m'y opposer, je ne puis donc pas me plaindre ni élever la voix pour en demander la suppression; et si je ne puis pas me plaindre, on ne peut donc pas voir dans mon silence une renonciation tacite à mes droits, et ce silence, si long qu'il puisse être, ne peut jamais conduire à une prescription. Tels sont les principes, et ces principes étaient généralement admis dans notre ancien droit.

Si donc notre législateur moderne n'a pas entendu apporter ici une exception à ces principes, si rien ne prouve qu'il ait voulu s'en écarter, il faudra les suivre. Mais si ce législateur a formellement manifesté l'idée contraire, il faudra suivre cette idée. Or, voyons ce qui s'est passé au sujet de nos art. 641 et 642.

---

(1) Cass., 25 août 1812; Rejet, 6 juill. 1825; Bordeaux, 1er juill. 1834; Rejet, 5 juill. 1837; Bordeaux, 31 juill. 1841; Rejet, 30 nov. 1841 (Dev., 34, II, 648; 37, I, 565; *J. Pal.,* 1841, II, 658; 1842, I, 68); Cass., 15 avr. 1845 (Dev., 45, I, 583; Dall., 45, I, 254; *J. Pal.,* 45, II, 652); Cass., 15 avr. 1854 (Dev., 54, I, 186; Dall., 54, I, 141); Cass., 8 fév. 1858 (Dev., 58, I, 193; Dall., 58, I, 68); Cass., 24 déc. 1860 (Dev., 62, I, 977; Dall., 61, I, 411). *Adde :* Demolombe (*Servit.,* t. I, n° 80); *Dict. not.* (v° Cours d'eau, n° 4). *Contrà :* Aubry et Rau (II, p. 513 et 514); Massé et Vergé (II, § 318, note 5); Rouen, 16 juill. 1857 (Dev., 57, II, 621; Dall., 57, II, 181).

Par un singulier système, Toullier enseigne dans le corps de son livre qu'il importe peu sur quel fonds les travaux sont faits, et il en donne pour raison les termes absolus de l'art. 642; puis, dans sa note, il déclare que l'arrêt de 1812 ayant adopté l'idée contraire, c'est elle seule qui est vraie, et qu'il y revient, sans en donner d'autre raison. Son annotateur, M. Duvergier, ne donne non plus aucune espèce d'explication. Il se contente d'indiquer les autorités qui partagent la dernière opinion de Toullier, en plaçant à tort parmi elles M. Troplong (*Prescr.,* n° 114), qui ne dit pas un mot de la prétendue nécessité de faire les travaux sur le fonds supérieur.

587. Dans la rédaction primitive de notre titre, on s'était contenté de proclamer que « Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté », sans apporter aucune restriction à son droit absolu (Fenet, t. XI, p. 246). Mais lors de la discussion au conseil d'État, plusieurs conseillers demandèrent que, tout en adoptant ce principe, on en restreignît l'application. M. Berlier, tout en reconnaissant que les eaux sont une propriété, dit qu'on ne peut se dissimuler qu'elle est d'une espèce toute particulière, et que, si le propriétaire inférieur en a joui pendant trente ans, on ne doit plus en détourner le cours, *surtout* s'il y a eu des ouvrages faits en considération de cet état de choses. Ainsi, M. Berlier ne trouvait pas même indispensable qu'on eût fait des travaux quelconques!... Après que cette idée eut été combattue par M. Treilhard, M. Regnault prend la parole et déclare partager l'opinion de M. Berlier; il veut que la propriété des eaux s'acquière par la jouissance, toutes les fois qu'il a été fait *dans le fonds inférieur* des constructions pour en profiter. L'idée ayant été successivement adoptée par M. Pelet et M. Maleville, combattue par M. Tronchet et adoptée par le consul Cambacérès, la discussion fut close, et on déclara adopter l'article *avec les amendements de MM. Berlier, Regnault et Cambacérès* (*ibid.*, p. 256-262). — En conséquence, il fut procédé à une nouvelle rédaction, dans laquelle, à ce principe : « Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté », on ajouta cette restriction : « Il ne peut cependant changer le cours de l'eau lorsque le propriétaire inférieur en a acquis l'usage par titre ou par une possession suffisante. La prescription ne peut s'acquérir que par trente années à compter du moment où le propriétaire a fait des ouvrages extérieurs destinés, etc. » (Fenet, t. XI, p. 269.) Ainsi, la seule condition que les rédacteurs ont entendu exiger, c'est que des travaux aient été faits, sans distinguer sur quel fonds ils le seraient; il n'y a pas de doute possible à cet égard, puisque la disposition était l'adoption de l'amendement des conseillers Berlier, Regnault et Cambacérès, d'après lesquels il suffisait que des travaux fussent faits sur le fonds inférieur. Voyons maintenant si cette idée a été changée plus tard, soit au Tribunat, soit au Corps législatif.

Quand notre titre eut été communiqué au Tribunat, sa section de législation, après avoir rappelé les arguments de droit qui militaient en faveur de l'opinion de MM. Treilhard et Tronchet, et ceux qui pouvaient motiver l'idée contraire de MM. Berlier, Maleville, Regnault et Cambacérès, reconnut en fait que la seconde opinion avait prévalu au conseil d'État; et comme on avait fait remarquer que des ouvrages extérieurs pourraient être faits sur le fonds inférieur sans que le propriétaire supérieur pût les apercevoir, surtout quand un mur séparerait les deux propriétés, elle proposa, « vu les difficultés que le mot *extérieurs* pourrait faire naître, d'y substituer le mot *apparents*. » (*Ibid.*, p. 282 à 285.) — Enfin, lors de la présentation au Corps législatif, on reproduisit encore cette idée de travaux apparents faits n'importe où : « Si le propriétaire supérieur a laissé aux eaux de sa source un cours

à l'occasion duquel le propriétaire inférieur *ait fait des travaux apparents* dans la vue d'user de ces eaux, et qu'en cet état celui-ci en ait acquis la possession trentenaire, cette possession ainsi caractérisée *a semblé suffisante* pour établir les droits de l'héritage inférieur. » (P. 305.)

Qu'on ne dise donc plus, comme la Cour de cassation, que le Code n'a fait que consacrer les anciens principes en cette matière; car le contraire est de la plus complète évidence. Qu'on ne dise plus, comme M. Duranton (V, 181), que la décision que nous présentons est contraire aux principes généraux du droit, et que les raisonnements présentés par le Tribunat lui-même dans le sens contraire renversent ceux qui ont prévalu; car ce n'est pas là la question. Oui, le législateur s'est écarté des principes; mais qu'importe ceci quand il s'agit seulement de savoir ce qu'il a voulu?... Dites que la loi est mauvaise, à la bonne heure; mais enfin c'est la loi : *statuit lex*.

588. En législation, et s'il s'agissait de faire la loi, la question nous paraîtrait fort délicate. En effet, si d'un côté vous êtes vraiment propriétaire de l'eau qui sort de votre fonds, on ne peut nier que ce ne soit là, comme le disait M. Berlier, une propriété d'une espèce toute particulière, puisqu'un cours d'eau peut être en même temps la propriété de deux, six, dix personnes, à chacune desquelles il apporte successivement les mêmes avantages. Quand on considère 1° qu'il est de l'intérêt général qu'un ruisseau accomplisse le plus long parcours possible pour traverser un plus grand nombre d'héritages, et 2° qu'à la différence des autres biens, lorsque la propriété en est acquise par prescription à un fonds inférieur, cette propriété continue néanmoins pour le fonds supérieur (sauf seulement la disparition du droit d'absorption), peut-on s'étonner que la loi s'écarte des principes généraux, des conditions ordinaires de la prescription, pour faciliter cette prescription? Une possession accompagnée, depuis plus de trente ans, d'ouvrages parfaitement visibles pour le propriétaire supérieur ne doit-elle pas suffire ici?... Quoi qu'il en soit, la loi prononce; elle ne demande que des ouvrages *apparents,* peu importe où ils sont faits.

III. — 589. Puisque la loi n'exige pas que les travaux soient faits sur le fonds supérieur; puisque, pour favoriser l'usage plus général des cours d'eau, elle déclare que la propriété en est acquise par prescription quand on en a usé pendant trente ans avec des travaux visibles destinés à faciliter et à régulariser cet usage; il suit donc, et des termes et de l'esprit de la loi, que la prescription peut s'acquérir ainsi non pas seulement par le fonds immédiatement inférieur, mais aussi par tous ceux qui sont situés plus bas et pour lesquels les conditions voulues se réaliseront. Aussi a-t-il été dit au Tribunat qu'il suffisait que les travaux fussent faits ou sur le fonds immédiatement inférieur, *ou partout ailleurs que sur le fonds du propriétaire de la source* (Fenet, t. XI, p. 285).

Lors donc que le propriétaire du fonds dans lequel naît la source veut empêcher un propriétaire inférieur d'acquérir la prescription du cours d'eau, il doit interrompre avant les trente ans, depuis la confec-

tion des travaux apparents, la prescription de celui-ci, soit naturellement, en lui enlevant le cours d'eau pendant quelque temps, soit civilement, en l'assignant pour voir dire que ses ouvrages ne pourront être pour lui la base d'une prescription.

IV. — 590. Nos deux articles ne parlent que des eaux de *source*. C'est pour elles seulement que leurs termes consacrent ces trois règles : 1° que le propriétaire du fonds supérieur peut, en principe, absorber l'eau; 2° qu'il ne le peut pas quand le fonds inférieur a acquis le droit de recevoir cette eau; 3° que ce droit peut s'établir aussi bien par prescription que par titre, pourvu que la possession soit accompagnée des travaux apparents dont nous avons parlé. Or, ces règles doivent-elles s'étendre en tout ou partie aux eaux *pluviales*, sur lesquelles le texte garde le silence?... La doctrine des auteurs nous paraît peu satisfaisante sur ce point.

M. Troplong (*Prescr.*, n°s 147 et 148), distinguant comme tous les auteurs, et avec beaucoup de raison, entre les eaux qui tombent directement du ciel sur mon fonds et celles qui, coulant sur la voie publique, sont recueillies par moi à leur passage devant ma propriété, dit que les premières sont soumises à nos articles, mais que les secondes n'en peuvent jamais recevoir l'application. Ainsi le savant magistrat semble admettre, et en cela nous sommes de son avis, 1° que l'eau qui tombe du ciel sur mon fonds devient ma pleine et entière propriété de la même façon que celle qui sortirait d'une source, et que je puis l'absorber comme il me plaira; 2° que ce droit d'absorption disparaîtrait si le fonds inférieur avait à son profit une servitude me contraignant à lui transmettre cette eau; 3° que cette servitude peut résulter d'un titre, et 4° qu'elle peut résulter aussi d'une possession trentenaire accompagnée de travaux apparents. Ces quatre propositions, dont la dernière seulement est explicitement présentée par l'auteur (n° 148), nous paraissent incontestables. Mais pour ce qui est de l'eau pluviale recueillie à son passage sur la voie publique, M. Troplong enseigne (n° 147) que cette eau étant *res nullius* n'est susceptible d'aucun droit privatif, d'aucune prescription ni propriété; en sorte que non-seulement celui qui reçoit cette eau à son passage devant sa propriété ne pourrait pas, en argumentant d'une possession trentenaire accompagnée de travaux apparents, empêcher le fonds qui se trouve plus haut sur la même voie publique de prendre l'eau qu'il avait jusque-là laissée descendre plus bas, mais même le fonds non contigu à la voie publique ne pourrait jamais acquérir, ni par prescription, ni par destination du père de famille, le droit d'exiger du fonds qui le sépare de cette voie publique qu'il lui transmette l'eau qu'il y prend lui-même. Cette eau est et reste à toujours *res nullius*, chose imprescriptible.

M. Duvergier, dans les notes par lesquelles il a voulu suppléer au silence trop fréquent de Toullier, mais que l'on regrette de voir à la fois si rares et si brèves, semble suivre cette doctrine; car il se contente de dire (III, 132, note *a*) que l'usage des eaux pluviales ne coulant pas de la voie publique est susceptible de possession et de pres-

cription; mais que l'usage de celles qui coulent de la voie publique est imprescriptible.

590 *bis*. Cette doctrine, dans sa dernière partie, nous paraît une erreur résultant d'une grave confusion.

Sans doute, l'eau pluviale coulant sur la voie publique est chose *nullius* tant qu'elle coule sur la voie publique, comme celle tombant du ciel est chose *nullius* tant qu'elle n'est pas arrivée sur une propriété; mais une fois qu'elle est recueillie par moi et entrée sur mon fonds, elle n'est certes pas chose *nullius,* elle est ma chose, mon bien propre; et, dès ce moment, par conséquent, elle est susceptible de toutes conventions et prescriptions, comme celle qui m'est tombée du ciel ou venue de ma source. Quand cette eau coulant sur la voie publique est une fois entrée sur mon terrain, ne puis-je pas l'absorber comme toute autre? au lieu de l'absorber, ne puis-je pas, comme pour toute autre, la transmettre au fonds inférieur que le mien sépare de la voie publique? ne puis-je pas convenir avec le propriétaire de ce fonds inférieur que je serai tenu de la lui transmettre tant qu'il me sera possible à moi-même de la faire dériver chez moi de la voie publique, et cette convention ne serait-elle pas parfaitement obligatoire? et si mon voisin peut acquérir ce droit par une convention, ne peut-il pas l'acquérir aussi par une prescription résultant de trente années écoulées depuis les travaux apparents par lui faits? et le même effet ne doit-il pas être attribué aussi à la destination du père de famille d'après l'art. 694? Par quelle raison, par quel prétexte même, en serait-il autrement?

Ainsi, ne confondons pas les rapports qui existent entre les différents riverains d'un ruisseau pluvial *considéré comme tel et sur la voie publique,* avec les rapports qui peuvent être établis par convention, prescription ou autrement, entre différents propriétaires à l'égard du ruisseau *devenu propriété privée par son entrée sur le fonds de l'un d'eux.* Tant qu'il est ruisseau public, tout un chacun a le droit de s'en approprier l'eau par occupation; et la circonstance qu'il entre chez vous depuis quarante ans et plus, même par l'effet de travaux visibles que vous avez exécutés, n'empêchera pas le riverain supérieur, devant lequel il passe avant d'arriver à vous, de le faire dériver chez lui et de vous en priver en tout ou en partie. C'est en ce sens que le ruisseau pluvial coulant sur la voie publique est imprescriptible, et c'est là ce qu'ont jugé les arrêts anciens et nouveaux (1). Mais, du moment qu'il est devenu propriété privée par son entrée dans un fonds, et tant qu'il continuera de couler dans ce fonds, il est clair qu'il sera susceptible de toutes les prescriptions, conventions et arrangements quelconques, dont serait susceptible l'eau provenant d'une source que posséderait ce fonds. Sans doute, ces arrangements deviendront inutiles si le ruis-

(1) Arrêts du Parlement de Besançon du 5 avr. 1710 (Dunod, *Prescript.*, p. 88); Rejet, 14 janv. 1823; Rejet, 21 juill. 1825; Rennes, 19 fév. 1826; Limoges, 22 janv. 1839; Limoges, 14 juill. 1840 (Dev., 1851, II, 1); Cass., 22 avr. 1863 (Dev., 63, I, 479; Dall., 63, I, 294).

seau se trouve détourné plus tard; mais ce sera comme si la source se trouvait tarie, et cette éventualité ne saurait modifier les règles à appliquer à l'eau tant qu'elle coule sur le fonds (1).

V. — 591. Pour ce qui est des eaux pluviales tombant directement du ciel sur le fonds du propriétaire, l'application de nos articles ne nous paraît pas pouvoir faire doute, et nous avons vu que M. Troplong lui-même la reconnaît évidente. On est donc étrangement surpris de voir M. Duranton, lui qui admet la destination du père de famille, même pour les eaux découlant de la voie publique, prétendre (n° 158) que pour les eaux tombant du ciel la possession du voisin inférieur, accompagnée des travaux apparents exigés par la loi, n'opérerait pas prescription!

Le motif que donne le savant professeur est assez singulier. Il commence par déclarer, comme chose toute simple, que *l'on doit supposer* que le propriétaire supérieur n'a laissé jouir l'autre que par tolérance; puis il établit ensuite avec beaucoup de soin, et par le texte de la loi (art. 2232), et par une longue citation de Dumoulin, que les actes de simple tolérance ne produisent pas de prescription. M. Duranton, au lieu d'insister tant sur cette seconde idée qui ne saurait être contestée par personne, en passant si légèrement sur la première, aurait dû, ce semble, faire tout le contraire. Pourquoi, en effet, devrait-on voir plutôt une tolérance dans le fait de laisser le voisin jouir de l'eau de pluie que dans le fait de le laisser jouir de l'eau de source?... On ne peut pas admettre que la transmission de l'eau ait été regardée par les deux voisins comme un fait sans importance ou comme la simple exécution, de la part du propriétaire inférieur, de l'obligation où il était de laisser passer cette eau, alors que celui-ci a eu soin d'accomplir des travaux pour en assurer la chute et le cours dans sa propriété, et c'est précisément à cause de la signification toute naturelle de ces travaux que notre article déclare utile pour la prescription, à compter de leur accomplissement, une possession qui ne l'était pas jusque-là.

---

(1) Cette doctrine paraît admise, plus ou moins explicitement, par M. Pardessus (n° 189), par M. Duranton (V, 160), par notre compatriote M. Daviel (II, 803), et surtout par un arrêt de la Cour suprême du 21 juill. 1845. En effet, M. Troplong avait surtout insisté sur la prétendue impossibilité, pour ce cas de ruisseau, d'une destination efficace du père de famille. Confondant le ruisseau à l'état de chose *nullius* avec ce même ruisseau devenu chose privée, il disait : « Les eaux pluviales coulant d'un chemin vicinal sont *res nullius;* un particulier ne peut, par conséquent, y acquérir un droit privatif; dès lors la destination du père de famille manque de fondement... Qu'est-ce qu'une destination de père de famille pour soumettre à une servitude privée une chose *qui appartient à tous?...* » Or c'est précisément sur un cas de destination du père de famille qu'est rendu l'arrêt : Attendu, dit-il, que si les eaux pluviales *qui coulent* sur la voie publique ne sont pas susceptibles d'une possession exclusive, le propriétaire riverain peut les prendre à leur passage, en faire l'usage *qu'il lui plaît,* les *concéder à son voisin...;* attendu que l'arrêt attaqué a déclaré que l'état de choses (par lui constaté) constituait une servitude de prise d'eau établie par la destination du père de famille, et qu'en le décidant ainsi il a fait une juste application des art. 692-694 (Dev., 1846, I, 33). *Adde :* Cass., 16 mars 1853; 9 avr. 1856; 12 mai 1858 (Dev., 53, I, 621; 56, I, 399; 59, I, 431; *J. Pal.,* 54, II, 575; 59, 840; Dall., 54, I, 38; 56, I, 303; 58, I, 449); *Dict. not.* (v° Cours d'eau, n°s 21 et suiv.).

643. — Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts.

592. Quand l'eau d'une source est nécessaire aux habitants d'une commune ou d'un hameau, la loi attribue à ces habitants, directement et sans qu'il soit besoin de faire prononcer une expropriation pour cause d'utilité publique, le droit de garder cette eau et de s'opposer à ce que le propriétaire du fonds où naît la source en arrête ou détourne le cours; seulement, ces habitants sont obligés de payer au propriétaire une indemnité, laquelle doit se calculer, non sur l'avantage que l'eau procure aux habitants, mais sur le préjudice que cause au propriétaire l'obligation de la laisser couler. C'est évident, puisqu'une *indemnité* est ce qui a pour effet de mettre la personne *sine damno*. — Delvincourt, Pardessus (n° 138) et M. Duranton (V, 191), pensent que notre article s'appliquerait aussi à l'eau des mares, puits ou citernes; c'est une erreur. L'analogie n'existe pas; car si on ne peut pas créer des cours d'eau, on peut toujours créer des mares, des puits et des citernes (Proudhon, n° 1391; Daviel, n° 825) (1). Delvincourt invoque l'art. 645; mais on va voir que les art. 644 et 645 ne s'appliquent aussi qu'aux cours d'eau naturels.

L'article nous dit que l'indemnité ne serait pas due si les habitants avaient *prescrit* ou autrement *acquis* l'usage de l'eau; l'expression est inexacte : les habitants ne peuvent pas acquérir le droit au cours d'eau, puisqu'ils l'ont de plein droit, *ipsâ lege;* ce qu'ils peuvent acquérir, soit par prescription, soit par un acte quelconque, c'est la libération de leur dette d'indemnité. Et puisque la prescription dont ils ont besoin n'est qu'une prescription à l'effet de se libérer, ce n'est donc plus le cas de l'art. 642, et il n'est pas nécessaire qu'ils aient fait des travaux pour jouir de l'eau; il suffit que pendant trente ans ils aient habituellement usé de l'eau sans qu'on ait réclamé l'indemnité. Aussi, le consul Cambacérès, en résumant sur ces deux articles les idées de MM. Berlier et Regnault, présentait-il précisément la nécessité de travaux apparents comme une différence capitale entre le cas de notre article et celui de l'art. 642. La doctrine contraire, enseignée par Proudhon (IV, 1388), est donc rejetée avec raison par Delvincourt, Maleville, Pardessus (n° 138) et M. Zachariæ (II, p. 38).

592 *bis*. Au reste, c'est seulement quand l'eau est nécessaire aux habitants que notre article s'applique; il ne suffirait pas qu'elle leur fût très-commode : par conséquent, on ne pourrait pas, comme l'a fait un arrêt de Montpellier, cassé en 1849, invoquer notre article pour des eaux thermales et médicinales, qui peuvent être fort utiles et aux ha-

(1) *Conf.* Nîmes, 24 nov. 1863 (Dev., 63, II, 267); Aubry et Rau (II, § 244, p. 517); Massé et Vergé (II, § 318, p. 162, note 10). Contrà : *Dict. not.* (v° Cours d'eau, n° 13).

bitants du pays et aux étrangers, mais qui ne sont nullement celles dont s'occupe l'article, qui n'entend parler que des eaux ordinaires, en tant qu'elles sont nécessaires aux besoins des hommes ou des bestiaux (1). Il ne suffirait pas non plus que l'eau fût nécessaire à une seule habitation; il faut une collection d'habitations, au moins un hameau (2).

(Combinez avec l'explication de cet article celle de l'art. 685.)

644. — Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'article 538 au titre *De la Distinction des biens,* peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés.

Celui dont cette eau traverse l'héritage, peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire.

593. Cet article ne s'applique qu'aux eaux courantes, aux cours d'eau naturels non dépendants du domaine public, aux petites rivières enfin : ainsi, sa disposition ne pourrait être invoquée ni pour les rivières navigables ou flottables, ni pour les lacs ou étangs, ni pour les canaux appartenant soit à l'État, soit à des particuliers. Deux arrêts, qui avaient reconnu à un particulier le droit de se servir de l'eau d'un canal appartenant à un autre particulier, ont été cassés avec raison par la Cour suprême, l'un le 9 décembre 1818, l'autre le 17 mars 1840 (Dev., 40, I, 472) (3).

Quand il s'agit d'une petite rivière, le riverain a le droit de se servir de l'eau, avec plus ou moins de latitude, selon que le cours d'eau passe seulement le long de sa propriété ou qu'il la traverse (4).

Quand la rivière borde seulement ma propriété sans y entrer, en sorte qu'elle n'est à moi que pour la moitié de sa largeur, il est clair que je ne puis pas détourner le cours de l'eau et en priver par là les propriétaires d'en face, qui y ont le même droit que moi; je puis seulement prendre l'eau *à son passage,* c'est-à-dire tout en laissant la rivière dans son lit naturel. Quand, au contraire, l'eau passe dans ma

---

(1) Cassation de l'arrêt de Montpellier, 4 déc. 1849 (Dev., 1850, I, 33); Orléans, 23 août 1856; Colmar, 26 nov. 1857; Cass., 4 mars 1862 (Dev., 58, II, 343; 62, I, 366; Dall., 62, I, 283). *Conf.* Demolombe (*Serv.*, t. I, n° 94); Aubry et Rau (II, § 244, p. 517). — Les eaux thermales, dont l'importance est si grande et que nulle partie de notre législation n'avait cependant protégées jusque-là, ont enfin été l'objet d'un décret du gouvernement provisoire du 8 mars 1848. — Depuis sont intervenus sur cette matière la loi du 14 juill. 1856, et les décrets des 8 sept. 1856 et 28 janv. 1860.

(2) La servitude établie par l'art. 643 n'emporte pas celle de passage pour accéder aux eaux. Cass., 5 juill. 1864 (Dev., 64, I, 362; Dall., 64, I, 280); Bordeaux, 6 déc. 1864; Agen, 31 janv. 1865 (Dev., 65, II, 122). *Conf.* Demolombe (*Serv.*, t. I, n° 96); Aubry et Rau (II, § 244, p. 518); Massé et Vergé (II, p. 163, § 318).

(3) *Voy.* aussi Cass., 19 avr. 1865 (Dev., 65, I, 252).

(4) Mais celui dont un cours d'eau non navigable ni flottable traverse l'héritage ne peut clore ce cours d'eau au moyen de chaînes, et s'opposer ainsi au passage des bateaux. Cass., 8 mars 1865 (Dev., 65, I, 108).

propriété, j'en suis alors seul propriétaire, sous l'obligation de la transmettre aux fonds inférieurs comme je la reçois des fonds supérieurs, et dès lors je puis en disposer comme je l'entendrai, lui faire faire tel parcours qu'il me plaira, pourvu que je la fasse rentrer dans son lit à sa sortie de mon fonds (1).

Le propriétaire peut employer, dans un cas, l'eau qu'il prend au passage de la rivière; dans l'autre, la rivière entière, soit à l'irrigation de ses propriétés (sans pouvoir, bien entendu, en donner à ses voisins non riverains), soit à tout autre usage, sauf l'application de l'article suivant (2).

645. — S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété, et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés.

I. — 594. Si un propriétaire riverain prétend que l'autre riverain prend plus d'eau qu'il n'en doit prendre, ou si les propriétaires inférieurs trouvent que ceux qui sont au-dessus absorbent une trop grande quantité d'eau, c'est aux tribunaux de juger la contestation; et comme il était impossible de préciser à l'avance la quantité d'eau qu'il peut être raisonnable d'attribuer à chacun dans les circonstances diverses où peuvent se trouver les parties litigantes, notre article donne aux juges un pouvoir discrétionnaire sur ce point (3).

Les principes du droit et de la raison présentent ici trois idées (le Code, on va voir pourquoi, n'en indique que deux) que les tribunaux devront combiner pour la solution des diverses espèces qui peuvent s'offrir. Et d'abord, il ne faut pas perdre de vue qu'un cours d'eau est la propriété de celui dont il traverse le fonds, ou de ceux entre les fonds desquels il passe; d'où il suit qu'*en principe*, 1° pour ce qui touche deux propriétaires riverains, ils peuvent prendre autant d'eau l'un que l'autre, et 2° pour le rapport des fonds supérieurs avec les fonds inférieurs, les premiers peuvent employer l'eau à tout usage qu'ils voudront, pourvu que ce qu'il en reste soit rendu à sa direction naturelle à l'entrée des héritages inférieurs. Mais deux autres idées apportent une grave modification à ce principe.

En effet, si un cours d'eau est vraiment une propriété, c'est une propriété d'une espèce toute particulière et sur laquelle on a un droit moins absolu : l'eau, par sa nature même, ne doit pas rester la propriété de quelques-uns, sous la possession desquels elle serait en grande

---

(1) *Voy.* Cass., 21 nov. 1864 (Dev., 65, I, 21); 24 janv. 1865 (Dev., 65, I, 62); *Dict. not.* (v° Cours d'eau, n°s 34 et suiv.).

(2) Le droit du riverain de se servir des eaux pour l'irrigation ne se perd pas par le non-usage pendant trente ans, si durant ce temps la nature de sa culture lui rendait les eaux inutiles. Lyon, 15 nov. 1854 (Dev., 55, II, 78; Dall., 56, II, 158).

(3) *Voy.* Cass., 19 avr. 1865 (Dev., 65, II, 264).

partie sans utilité; elle doit se répandre au loin pour favoriser le plus qu'il sera possible les développements de l'agriculture et les besoins de l'industrie : l'intérêt général le demande. Donc, quoique notre article ne parle que de l'intérêt de l'agriculture, parce que lors de la confection du Code, il y a bientôt un demi-siècle, la haute utilité des petits cours d'eau pour des usines de tous genres n'était pas autant sentie qu'aujourd'hui, on ne peut cependant pas hésiter à placer l'intérêt de l'industrie sur la même ligne; l'esprit de la loi est manifeste à cet égard.

II. — 595. Ainsi, si la quantité d'eau qu'un propriétaire veut absorber pour son seul agrément (par exemple, pour la faire jouer en jets et en cascades dans son jardin) est nécessaire à un autre pour l'irrigation d'une prairie ou l'alimentation d'une usine, elle devra être enlevée en bonne partie au premier. Il faudra, en un mot, en toute circonstance, concilier avec le droit de propriété de l'un l'intérêt de l'agriculture ou de l'industrie invoqué par d'autres.

Que si, vu l'exiguïté d'un ruisseau, le propriétaire inférieur se plaignait de voir l'eau absorbée en entier par le propriétaire supérieur, mais que celui-ci prouvât qu'il n'en fait qu'un usage utile en l'employant à une irrigation modérée de ses terres, alors, l'intérêt général se présentant dans l'emploi qu'en fait l'un comme dans l'emploi que voudrait faire l'autre, il n'y a plus de raison de restreindre le droit de propriété du premier : ce n'est pas par sa faute, c'est par la force des choses que le ruisseau est insuffisant pour être utile à un plus grand nombre (1).

Au reste, le pouvoir discrétionnaire donné aux tribunaux n'existe qu'en dehors des points fixés par des règlements administratifs, lesquels doivent toujours être observés quand il en existe (2).

646. — Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs.

SOMMAIRE.

I. L'obligation de borner n'est point une servitude. L'action se porte néanmoins au tribunal de la situation. Loi de 1838.

II. Action en bornage. — Ce qu'on a appelé action en délimitation. — Action pour déplacement de bornes.

III. L'action en bornage appartient à l'usufruitier, à l'usager et à l'emphytéote.

I. — 596. Le bornage est une opération qui consiste à fixer les limites de deux héritages contigus, ou, si ces limites sont incertaines, à les rechercher pour les fixer ensuite. La fixation se fait au moyen des

---

(1) *Voy.* Cass., 12 fév. 1845; 8 nov. 1854; 4 et 17 déc. 1861 (Dev., 45, I, 596; 55, I, 49; 62, I, 161; Dall., 45, I, 160; 54, I, 410; 62, I, 73).

(2) C'est aux tribunaux et non à l'autorité administrative qu'il appartient de statuer sur les contestations entre particuliers et dans un intérêt privé, à l'occasion du mode de jouissance des cours d'eau. Cass., 16 avr. 1856; 15 fév. 1860 (Dev., 57, I, 202; 61, I, 56; Dall., 56, I, 359; 60, I, 347).

signes consacrés par l'usage du pays; ordinairement ce sont des pierres que l'on enfonce en terre aux trois quarts, en plaçant dessous diverses substances de nature à se conserver longtemps, telles que des morceaux de verre, de houille, de tuile, etc., et qu'on appelle *témoins*.

Il est de toute évidence que le droit d'un propriétaire de contraindre son voisin à borner leurs héritages n'est pas une servitude; il n'y a pas là une charge imposée sur l'un des fonds au profit de l'autre fonds, il n'y a pas un fonds servant et un fonds dominant; il y a tout simplement une obligation toute personnelle au propriétaire, et qui est identique contre le voisin : je puis vous contraindre à borner comme vous pouvez m'y contraindre de votre côté. C'est, comme le dit très-bien l'art. 1370, un engagement entre propriétaires voisins; mais ce ne peut pas être une servitude, un *jus in re*.

Cependant, comme l'action en bornage, quoique tendant définitivement à l'exécution d'une obligation personnelle, donnera lieu bien souvent à une question de propriété et qu'elle nécessitera forcément l'accession des lieux, on doit la porter au tribunal, non du domicile du défendeur, mais de la situation des biens, comme dans les affaires purement réelles.

Jusqu'à ces derniers temps, l'action en bornage, alors même qu'il s'agissait seulement de fixer les limites, ces limites étant certaines et incontestées, devait toujours se porter devant le tribunal civil. Mais la loi du 25 mai 1838, par son art. 6, 2°, a transporté l'action au juge de paix pour ce cas; et c'est seulement quand il y a contestation sur la propriété que ce magistrat demeure incompétent. Il doit alors, même d'office, renvoyer au tribunal civil (1).

II. — 597. Nous avons appelé action en bornage l'action tendant soit à la fixation seulement des limites (déjà déterminées et certaines), soit à la détermination d'abord, et ensuite à la fixation de ces limites. M. Zachariæ ne donne pas aux mots *action en bornage* autant d'étendue. Il ne les entend que de l'action tendant seulement à fixer les limites dès lors incontestées; et il fait de la demande en recherche et en détermination des limites incertaines une action particulière qu'il appelle *action en délimitation*. « Lorsque la ligne séparative est incertaine, dit-il, l'action en bornage ne peut être formée que cumulativement avec l'action en délimitation ou en règlement de limites. »

Nous ne voyons pas d'inconvénient à cette manière de parler, si ce

---

(1) Rej., 1er fév. 1842; Cass. (d'un jugement de Troyes), 12 avr. 1843 (*J. Pal.*, I, 1842, p. 345; I, 1843, p. 721). — La loi de 1838 parle de contestation sur la propriété *ou sur les titres qui l'établissent*. On a eu tort d'ajouter cette seconde idée. D'un côté, en effet, dès qu'il y a contestation sur des titres en tant qu'ils établissent la propriété, il y a, par là même, contestation sur cette propriété; et comme, d'un autre côté, il peut y avoir contestation sur la propriété sans contestation sur les titres, il était plus simple et plus exact de ne parler que de contestation *sur la propriété*. Ainsi, dès que l'un des voisins, soit qu'il invoque ou non des titres et qu'il attaque ou non les titres de son adversaire, se prétend propriétaire au delà du point où cet adversaire prétend placer la séparation des propriétés, c'est le tribunal civil qui est seul compétent.

n'est qu'elle n'est pas celle de la loi, et que dès lors elle rendrait les textes plus difficiles à comprendre. Ainsi, la loi de 1838 nous dit que l'action en bornage appartient au juge de paix, s'il n'y a pas contestation sur la propriété, et qu'elle appartient au tribunal civil dans le cas contraire; or, dans le système de M. Zachariæ, il ne faudrait pas s'exprimer ainsi. Une contestation sur la propriété faisant naître ce qu'il appelle l'action en délimitation, il eût fallu dire que le juge de paix est compétent toujours pour l'action en bornage, mais qu'il ne l'est que pour elle, et qu'il faut aller au tribunal civil quand il y a action en délimitation... Il nous paraît plus simple de suivre le langage de la loi (1).

Il ne faut pas confondre, du reste, l'action en bornage, en *placement* de bornes, avec celle qui tiendrait au *rétablissement* de bornes déplacées. Cette dernière n'est qu'une demande de remise en possession, une demande en *réintégrande,* une simple action possessoire qui a toujours dû, même avant 1838, se porter devant le juge de paix, et qui doit s'intenter dans l'année du déplacement (art. 23 C. proc.).

III. — 598. Ce n'est pas seulement le propriétaire qui peut intenter l'action en bornage : l'usufruitier, l'usager jouissant du fonds par lui-même et l'emphytéote le peuvent aussi; car le droit de jouissance du bien leur appartenant en propre, il est clair qu'ils ont qualité pour faire déterminer et fixer l'étendue de l'objet de ce droit (2).

Quant au simple possesseur, c'est-à-dire celui qui, sans être propriétaire, possède cependant à ce titre et est réputé tel, il est bien clair qu'il peut demander le bornage et qu'on ne peut refuser d'y procéder avec lui; puisque, quant à présent et jusqu'à preuve du contraire, il est présumé être le propriétaire. Il en est de même de l'usufruitier ou de l'usager putatifs. — Au reste, il est évident que, dans le cas même d'un usufruitier ayant un titre très-certain, le voisin peut appeler en cause le propriétaire, afin d'éviter des difficultés postérieures.

L'article nous dit que le bornage devra se faire à frais communs; c'est-à-dire, selon nous et malgré l'opinion contraire de M. Pardessus (n° 129), que les deux parties devront payer les frais chacune pour moitié. En effet, si petit que soit votre héritage et si grand que soit le mien, vous avez autant d'intérêt à ce que je n'empiète pas sur vous que j'en ai à ce que vous n'empiétiez pas sur moi, le bornage importe à l'un autant qu'à l'autre (3). Mais, bien entendu, c'est des frais de l'opération même du bornage qu'il s'agit, et non pas de ceux du procès auquel donnerait lieu le refus d'un des propriétaires; ces frais, ici comme toujours, tomberaient à la charge du perdant.

---

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Bornage, n°s 39 et suiv.).

(2) *Conf.* Aubry et Rau (II, § 199, p. 200); Demolombe (*Serv.*, I, n° 256); *Dict. not.* (v° Bornage, n°s 25 et suiv.).

(3) *Voy.* Demolombe (*Serv.*, I, n° 276); Aubry et Rau (II, p. 202); *Dict. not.* (v° Bornage, n°s 58 et suiv.).

647. — Tout propriétaire peut clore son héritage, sauf l'exception portée en l'article 682.

648. — Le propriétaire qui veut se clore, perd son droit au parcours et vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait.

599. Le droit de parcours et de vaine pâture (auquel se réfère non-seulement le dernier de ces deux articles, mais aussi le premier) est réglé tout au long par la section 4 de la loi du 28 septembre 1791 : les deux idées énoncées par nos articles résultaient déjà, la première des art. 4 et 11, et la seconde de l'art. 16 de cette section.

La *vaine pâture* est le droit réciproque qu'ont les habitants d'une commune de faire paître leurs troupeaux sur les terres les uns des autres lorsqu'il n'y a ni fruits ni semence : on l'appelle *vaine* pâture par opposition à la *vive* pâture, qui consiste à faire manger aux troupeaux les foins des prairies, les herbes des herbages ou autres récoltes. Le *parcours* est le droit qu'ont plusieurs communes de conduire réciproquement leurs troupeaux en vaine pâture sur le territoire l'une de l'autre (art. 2 et 3 de la section 4 de la loi précitée). La loi de 1791 n'a maintenu que ceux de ces droits qui étaient fondés sur un titre ou sur une possession conforme aux lois et coutumes alors existantes; en sorte que depuis cette époque il n'a pu s'en établir de nouveaux que par titre et non par prescription (art. 23 C. proc.).

Ce droit de vaine pâture, réciproque pour les habitants d'une commune, et le droit de parcours existant entre plusieurs communes, ne peuvent plus, depuis cette époque, faire obstacle au droit que chaque propriétaire a de clore son héritage, sans qu'il y ait à distinguer si ces droits étaient établis par titre, ou seulement par possession; en sorte que tout propriétaire peut, malgré l'existence de ces droits dans la commune où se trouve son terrain, enclore ce terrain et le soustraire par là aux deux droits dont il s'agit, sauf que lui-même perd son droit au parcours ou à la vaine pâture en proportion du terrain qu'il y soustrait (art. 4, 5 et 16).

Le droit de vaine pâture peut aussi s'exercer entre des particuliers, et il peut être réciproque ou non réciproque. Dans ce cas, le propriétaire qui doit la vaine pâture ne peut se clore et s'en affranchir qu'autant que le droit ne serait pas fondé sur un titre (art. 7). Que si le droit est fondé sur un titre, le propriétaire qui veut s'en affranchir est tenu de le racheter à dire d'experts (art. 8) (1).

CHAPITRE II.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

649. — Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers.

(1) Voy. *Dict. not.* (vis Clôture, Parcours, Vaine pâture).

650. — Celles établies pour l'utilité publique ou communale ont pour objet le marchepied le long des rivières navigables ou flottables, la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux.

Tout ce qui concerne cette espèce de servitude, est déterminé par des lois ou des règlements particuliers.

651. — La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention.

652. — Partie de ces obligations est réglée par les lois sur la police rurale;

Les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyens, au cas où il y a lieu à contre-mur, aux vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage.

600. Les servitudes ou obligations, dont parlent l'art. 650 et l'alinéa 1 de l'art. 652, appartiennent au droit administratif et non au droit civil : aussi le Code ne les indique-t-il ici que pour mémoire et ne s'en occupe-t-il pas autrement (1). Quant à celles qu'indique le second alinéa de notre art. 652, la loi va en traiter dans les cinq sections de notre chapitre.

La section 1re, sous cette rubrique beaucoup trop restreinte *du mur et du fossé mitoyens,* parle de la mitoyenneté des murs, des fossés et des haies; puis de l'obligation de se clore en commun (art. 633), de la mitoyenneté de certaines parties d'une maison divisée par étages (art. 664), des arbres ou haies plantés sur ou vers les limites d'un héritage (art. 670 et 673) : cette section s'occupe donc, en général, de la mitoyenneté et des différents droits qui s'y rapportent;

La section 2 indique les diverses précautions qu'on est obligé de prendre pour certaines constructions;

La section 3 s'occupe des vues sur la propriété du voisin;

La section 4, de l'égout des toits;

Et la section 5, du droit de passage en cas d'enclave.

SECTION PREMIÈRE.

DU MUR ET DU FOSSÉ MITOYENS.

653. — Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, ou même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire.

SOMMAIRE.

I. La présomption de mitoyenneté a lieu pour tout mur existant 1° entre deux bâtiments; 2° entre deux terrains enclos.

---

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Chemin de halage).

II. Mais non entre un bâtiment et un enclos. Erreur de Toullier (reconnue par M. Duvergier), de Pardessus et de Delvincourt.

I. — 601. On appelle mitoyenne la chose qui appartient indivisément à plusieurs copropriétaires; en sorte que chacune des parcelles qui constituent la chose dans toute sa longueur, sa hauteur et son épaisseur, se trouve être la propriété commune de tous.

Tout mur servant de séparation, soit entre deux bâtiments, soit entre deux enclos (cours, jardins, vergers, etc.), est réputé de plein droit, jusqu'à preuve contraire, être mitoyen entre les deux propriétaires. C'est qu'en effet, l'avantage égal que les deux voisins tirent de ce mur, l'intérêt qu'ils avaient l'un et l'autre soit à construire à frais communs un seul mur sur la ligne séparative des deux héritages, pour éviter la dépense inutile et la perte de terrain qu'aurait entraînées la construction de deux murs, soit à rendre mitoyen plus tard le mur construit d'abord par un seul, tout porte à croire que le mur est commun à tous deux, tant qu'une circonstance décisive ne démontre pas le contraire. Au reste, quand il s'agit d'un mur joignant deux bâtiments, la mitoyenneté, comme de raison, ne se présume que jusqu'à l'héberge, c'est-à-dire jusqu'au toit, et, bien entendu, si les deux bâtiments n'ont pas la même hauteur, jusqu'au toit le moins élevé; car au-dessus de ce toit le moins élevé, le mur n'est plus entre deux bâtiments.

On voit que la présomption légale de mitoyenneté n'est établie par notre article que pour les murs existant 1° entre deux bâtiments, ou 2° entre deux terrains enclos, mais non pas pour celui qui se trouverait entre un bâtiment et un enclos. Et c'est avec raison; car il n'est pas vraisemblable que le propriétaire de l'enclos ait consenti, pour se donner simplement une clôture, à payer la moitié d'un mur de bâtiment, d'un mur fort épais, à fondements considérables, et dès lors très-coûteux.

II. — 602. Cependant Toullier (III, 187) et Pardessus (n° 159), reproduisant une idée de Pothier, veulent qu'il y ait encore ici présomption de mitoyenneté, non pas partout, mais dans les villes et faubourgs, à cause du droit que chaque propriétaire a dans ces lieux (art. 663) de forcer son voisin de se clore à frais communs. Le propriétaire du bâtiment ayant pu, disent-ils, forcer son voisin à contribuer à la clôture, il est présumable que celui-ci a payé la moitié de ce que le mur a coûté, depuis la fondation jusqu'à la hauteur d'un mur de clôture.

Mais c'est là une décision évidemment inadmissible pour deux raisons. D'abord, en construisant mon bâtiment, je n'aurais pu vous forcer de payer que la moitié de ce que pouvait coûter un simple mur de clôture, et non pas la moitié de ce que coûtait mon mur de bâtiment avec ses fondements formés d'énormes pierres de taille; comment donc pourriez-vous induire, de la faculté que j'avais de vous faire contribuer pour 100 ou 150 fr., la copropriété d'un mur qui me coûte peut-être 2 000 fr.? N'est-il pas bien plus probable que la modicité de la somme pour laquelle vous auriez contribué m'a décidé à

rester seul propriétaire, sauf l'espérance de vous voir acheter plus tard la mitoyenneté de tout mon mur, si vous veniez à bâtir vous-même?... Mais ensuite, quand même on supposerait que l'art. 663 me donnait le droit de vous forcer à payer la moitié de mon gros mur, la décision ne pourrait pas encore être admise. En effet, cette doctrine ne se soutiendrait qu'au moyen de la distinction entre les murs de villes ou faubourgs (auxquels elle s'appliquerait) et ceux des campagnes (auxquels elle ne s'appliquerait pas); or, cette distinction est complétement arbitraire, il n'en existe nulle trace dans notre article, et elle est en flagrante contradiction avec la volonté du législateur, qui déclare positivement porter une règle qui sera identique *dans les villes et les campagnes*.

Pour échapper à ce dernier argument, il aurait donc fallu aller plus loin que ne l'ont osé faire ces auteurs, et en venir jusqu'à dire qu'il en serait aussi de même dans les campagnes. Or, ce que n'ont pas osé Toullier et Pardessus, un autre l'a fait : Delvincourt professe que, même dans les campagnes, le mur du bâtiment sera mitoyen si le terrain voisin est enclos de tous côtés. Mais sur quoi fonder cette présomption, quand on se prive du seul prétexte qu'on lui trouvait dans le droit de contraindre à la clôture?...

Ainsi donc, il n'y a moyen de soutenir ni l'une ni l'autre doctrine. Si l'on argumente du droit de contraindre à la clôture, on a du moins un motif tel quel; mais on se jette dans un arbitraire flagrant, puisqu'on ne peut appliquer qu'aux villes une règle que la loi dit expressément faite pour *les villes et les campagnes*. Que si l'on veut étendre la règle nouvelle aux campagnes, on n'a pas même un prétexte spécieux à donner à cette extension.

Il faut donc tenir pour certain que l'article s'applique seulement entre deux bâtiments ou entre deux enclos (1). — Si toutefois, de l'autre côté du mur d'un bâtiment, il n'existait pas actuellement un second bâtiment, mais qu'il y eût des vestiges d'un bâtiment ancien aujourd'hui détruit, il est clair que ce mur serait mitoyen jusqu'au point où l'on voit que s'élevait ce bâtiment, tout comme s'il existait encore.

La preuve qui doit faire tomber la présomption de mitoyenneté ne peut se trouver que dans un titre ou dans l'un des signes que va nous indiquer l'article suivant (2).

654. — Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné;

---

(1) Duranton (V, 303); Zachariæ (II, p. 44); Duvergier (sur Toullier); Demolombe (*Serv.*, I, n° 323); Massé et Vergé (§ 322, note 2, t. II, p. 169); Aubry et Rau (II, § 222, note 9, p. 375); *Dict. not.* (v° Mitoyenneté, n° 9); Pau, 18 avr. 1834; *voy.* aussi Orléans, 19 janv. 1849 (Dev., 35, II, 298; 49, II, 596); Cass., 4 juin 1845; Pau, 7 fév. 1862; Nîmes, 23 juill. 1862 (Dev., 45, I, 824; 62, II, 456; 62, II, 499; *J. Pal.*, 45, II, 746; 63, 613).

(2) Il n'est pas indispensable que ce titre soit commun aux deux propriétaires voisins. Cass., 25 janv. 1859 (Dev., 59, I, 466; Dall., 59, I, 85). *Conf.* Demolombe (*Servit.*, I, n° 334). *Contrà :* Aubry et Rau (II, § 222, note 15, p. 377).

Lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon ou des filets et corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur.

Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre.

I. — 603. Les signes légaux de non-mitoyenneté d'un mur sont au nombre de trois : 1° une sommité de mur inclinée d'un seul côté. — Ainsi, quand le dessus du mur (au lieu d'être plus élevé au milieu, pour s'incliner des deux côtés, de manière à faire tomber l'égout sur les deux propriétés) a sa partie la plus élevée à l'arête d'un des côtés, et s'incline vers l'autre côté dans toute sa largeur, de manière à rejeter l'égout entier sur un seul héritage, cette circonstance indique légalement que le mur appartient en entier au propriétaire de ce dernier héritage. C'est ce que veut dire la loi quand elle parle d'un mur dont la sommité est d'un côté *à plomb du parement,* c'est-à-dire en ligne droite avec la paroi extérieure, la surface.

2° L'existence d'un chaperon ou de filets d'un seul côté. — On appelle chaperon la couverture du mur, laquelle est tantôt en briques, en ciment, chaux ou plâtre, tantôt en tuiles ou ardoises. Les filets, qu'on appelle aussi le larmier, ne sont rien autre chose que la continuation de la couverture dans la partie qui déborde le mur. Or, la couverture, soit qu'elle ait ou non des filets (et il serait bien rare qu'elle n'en eût pas), ne peut guère exister d'un seul côté; car on ne couvre pas un mur dans une partie seulement de son épaisseur. Donc, quand l'article parle de chaperon ou de filets n'existant que d'un côté, il s'exprime inexactement et veut dire *un chaperon,* avec ou sans filets, *incliné vers un seul côté.*

On voit donc que ces deux cas se réduisent à cette idée unique : « quand le mur est construit de telle sorte que l'égout ne tombe que d'un côté » ; parce qu'en effet, s'il était mitoyen, un seul des propriétaires n'aurait pas voulu recevoir cet égout à lui seul.

3° Enfin, l'existence de corbeaux d'un seul côté du mur. — Ces corbeaux sont des pierres placées dans le mur et qui font saillie dans le dessein de recevoir des poutres; on reconnaît ordinairement qu'ils ont été placés en construisant le mur quand la pierre dont une partie fait saillie est assise dans toute l'épaisseur du mur. — Il ne faudrait pas confondre ces corbeaux avec des pierres d'attente qu'on appelle aussi *harpes,* et que je laisse en bâtissant pour que mon voisin, en bâtissant plus tard, puisse lier sa maison à la mienne. Ces pierres d'attente, à la différence des corbeaux, ne se trouvent qu'à la continuation des murs *de façade* antérieure ou postérieure, dont ils ne sont qu'un prolongement sous la forme de créneaux verticaux.

II. — 604. Ces signes de non-mitoyenneté, pour être efficaces, doivent évidemment avoir été placés ou au moment même de la construction du mur, ou, s'ils l'ont été après coup, au su du voisin depuis plus de trente ans.

Et comme les trois indices qui viennent d'être indiqués sont les

seuls que la loi consacre, il ne serait pas permis de venir arbitrairement y en joindre d'autres (1). Ainsi, la circonstance qu'un jardin est clos par quatre murs semblables, tandis que l'autre présente trois haies, n'indiquerait pas légalement que le mur séparatif appartient en entier au premier; car la loi ne le dit pas. Et en effet, il n'y a rien d'étrange à ce que j'aie voulu, pour éviter une perte de terrain, arracher l'une de mes quatre haies (plantée à un demi-mètre de votre héritage d'après l'art. 671) pour contribuer à la construction de l'un de vos quatre murs.

Au reste, les résultats que la loi donne à ces signes de non-mitoyenneté ne sont que des présomptions ; ce sont des conséquences déduites d'un fait connu, l'existence du signe, à un fait inconnu (art. 1349). Or une présomption n'a de force qu'à défaut de preuve et cède devant la preuve contraire. Si donc un titre établissait positivement que le mur qu'on devrait présumer vous appartenir en entier est mitoyen entre nous, ou même appartient à moi seul, ce titre serait seul suivi (2). La doctrine contraire, professée par Delvincourt et Pardessus (n° 161), est une erreur que rejettent avec raison M. Duranton (V, 311) et M. Zachariæ (II, p. 45, note 4).

655. — La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun.

656. — Cependant tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne.

605. Il est tout simple que chacun des copropriétaires d'un mur mitoyen doive contribuer aux réparations et reconstructions de ce mur en proportion de sa part de copropriété. Il est tout simple aussi qu'il puisse se décharger de cette obligation en abandonnant le tout au voisin ; car on est toujours libre de renoncer à sa propriété pour s'affranchir des charges qu'elle impose. Cependant cette faculté cesse dans deux cas : 1° quand le mur qu'il s'agit de réparer ou de rétablir supporte une construction de ce propriétaire; car il serait dérisoire à lui de dire qu'il abandonne son droit sur le mur quand il veut continuer de s'en servir : il faudrait, dans ce cas, qu'il abandonnât aussi le bâtiment ou qu'il le jetât bas; 2° quand c'est par le fait de ce propriétaire que la réparation ou le rétablissement du mur ont été nécessités; car ce n'est plus à titre de propriétaire du mur, mais comme personnellement obligé, qu'il est tenu dans ce cas; et quand même il se dépouil-

(1) *Sic* Aubry et Rau (II, § 222, note 17, p. 378). *Contrà :* Pau, 20 mars 1863 (Dev., 63, II, 162); Demolombe (*Serv.*, I, n° 341).
(2) Conf. *Dict. not.* (v° Mitoyenneté, n° 17); Demolombe (*Serv.*, n° 339).

lerait de cette qualité de propriétaire du mur, son obligation, ayant une autre source, n'en continuerait pas moins.

Si, après l'abandon que le copropriétaire aurait fait de son droit de mitoyenneté, le voisin laissait tomber le mur, qu'arriverait-il? Il est évident que ce propriétaire n'a fait l'abandon que dans la vue et sous la condition tacite de la réparation que le voisin devait faire; car, si l'on avait dû laisser tomber le mur, il n'aurait pas eu besoin pour arriver là de faire cadeau de sa moitié, ou autre fraction, dans le terrain et les matériaux. Mais, puisque l'abandon n'a été fait que sous la condition du rétablissement, et que cette condition ne s'est pas accomplie, l'abandon serait donc non avenu, et le copropriétaire pourrait reprendre ses matériaux et son terrain (1).

657. — Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir (2) la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée.

658. — Tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur.

606. L'exhaussement du mur apportant au reste de ce mur une charge plus considérable et qui nécessitera des réparations plus dispendieuses, il est juste que le copropriétaire qui fait exhausser paye à l'autre une indemnité plus ou moins forte, selon l'importance de l'exhaussement. Le Code ajoute : *et suivant la valeur* de cet exhaussement; ces mots ont été copiés dans l'art. 197 de la Coutume de Paris (*voy.* Ferrières), qui fixait uniformément le montant de l'indemnité au sixième de la valeur de l'exhaussement. Aujourd'hui que l'indemnité n'est pas déterminée par la loi, il est clair qu'il suffisait bien d'avoir dit : en raison de l'exhaussement, et que les mots qui suivent ne sont plus qu'une rédondance parfaitement oiseuse (3).

Il va sans dire que l'exhaussement du mur appartiendra au propriétaire qui l'a fait faire; c'est pour cela que lui seul en supportera les réparations (4).

---

(1) *Voy.* Paris, 1er août 1861; Cass., 17 fév. 1864 (Dev., 61, II, 478; 64, I, 117; Dall., 64, I, 87).

(2) L'ébauchoir est un instrument de charpentier avec lequel on diminue la longueur de la poutre sans déplacer cette poutre.

(3) Voy. *Dict. not.* (vo Mitoyenneté, no 67).

(4) La faculté de faire exhausser le mur mitoyen est absolue et indépendante du plus ou moins de préjudice que peuvent éprouver les autres copropriétaires, comme du plus ou moins d'intérêt que l'exhaussement peut présenter à celui qui veut l'opé-

659. — Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et l'excédant d'épaisseur doit se prendre de son côté.

607. Il n'y aura pas toujours lieu, comme le dit l'article, à reconstruire le mur ; il se pourra très-bien qu'il suffise de lui donner un surcroît d'épaisseur en le laissant subsister.

Au reste, soit qu'on prenne ce dernier moyen, soit qu'on reconstruise le mur, le nouveau mur ne sera mitoyen que pour l'épaisseur qu'il avait précédemment, et, par conséquent, le voisin ne pourrait pas y placer des poutres dans toute son épaisseur actuelle, moins cinquante-quatre millimètres ; mais il pourrait le faire dans toute l'épaisseur antérieure, sans être tenu de réserver ces cinquante-quatre millimètres sur cette ancienne épaisseur. En effet, la seule raison pour laquelle l'art. 657 réserve ces cinquante-quatre millimètres du côté voisin, c'est uniquement que le parement du mur ne soit pas désagréé, et il est clair que cette raison n'existe plus ici. Que si, après que ce voisin aura fait placer ces poutres, l'autre en voulait mettre aussi sur le même point, c'est évidemment jusqu'au milieu de l'épaisseur mitoyenne, et non pas de l'épaisseur totale, que les premières devraient être réduites.

Quant au point de savoir si une indemnité est due dans le cas de notre article comme dans le cas de l'article précédent, il est clair que sa décision dépendrait du point de savoir si le surcroît d'épaisseur est ou non suffisant pour empêcher des réparations plus dispendieuses qu'auparavant.

660. — Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement, peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a.

608. — Il est clair que si c'était peu de temps après les travaux faits que le voisin demandât la mitoyenneté, et avant qu'il eût eu à faire les réparations plus dispendieuses en vue desquelles une indemnité lui a été payée, il devrait aussi et avant tout restituer cette indemnité.

C'est en se reportant à cette époque peu éloignée de la confection des travaux que notre article exige du voisin qui veut acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement le payement de la moitié de la dépense. Car si c'était fort longtemps après que le voisin voulût faire l'acquisition, et à une époque où cet exhaussement, vu son état de vétusté, aurait une valeur beaucoup moindre, il est clair que ce voisin n'aurait à payer que la moitié de cette valeur actuelle (1).

---

rer. Paris, 8 juill. 1858; Cass., 11 avr. 1864 (Dev., 59, II, 180; 64, I, 165). *Voy.* aussi Paris, 13 juin 1864 (Dev., 64, II, 220). — *Contrà :* Demolombe (*Servit.*, I, nº 398); Massé et Vergé (II, § 322, note 12, p. 172); Aubry et Rau (II, § 222, p. 380).

(1) Voy. *Dict. not.* (vº Mitoyenneté, nº 70).

661. — Tout propriétaire joignant un mur, a de même la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti.

I. — 609. Il est d'intérêt général qu'aucune portion de terrain ne soit perdue; c'est donc une espèce d'expropriation pour cause d'utilité publique que la règle qui permet à votre voisin de vous forcer de lui céder une partie du mur construit à la limite de son héritage.

Cet esprit évident de la loi nous ferait appliquer cette règle à un cas que l'article ne prévoit pas textuellement, celui où le mur, au lieu d'être exactement à la ligne séparative des deux propriétés, en serait à une très-petite distance. S'il fallait, en effet, refuser alors au voisin le droit d'acquérir la mitoyenneté, il serait réduit à en faire construire un nouveau, et le résultat serait la perte d'une plus grande partie de terrain; or, c'est précisément cette perte de terrain que la loi a voulu éviter (Bourges, 9 déc. 1837 : Dev., 38, II, 159) (1).

La circonstance que des jours ont été pratiqués dans le mur dont on veut acquérir la mitoyenneté ne vous donne pas le droit de refuser l'abandon sous le prétexte que, quand le mur sera mitoyen, le voisin pourra les faire boucher (art. 675); car ce voisin pourrait toujours bâtir un mur contre le vôtre et rendre ainsi vos jours inutiles. Le voisin pourra donc toujours rendre le mur mitoyen et faire ensuite boucher les jours (2). — Il n'en serait autrement qu'autant que le voisin, par une convention positive, se serait obligé à ne jamais nuire à ces jours, ou que ces jours existeraient depuis plus de trente ans (3).

II. — 610. Le voisin peut acquérir la mitoyenneté de votre mur ou totalement ou partiellement : ainsi, il peut rendre le mur mitoyen ou sur une certaine longueur seulement, ou jusqu'à une certaine hauteur, ou pour une partie seulement de son épaisseur. Dans tous les cas, il devra payer la moitié de la partie qu'il veut rendre mitoyenne et du terrain qui porte cette partie.

Et, bien entendu, c'est la moitié de la valeur réelle de la partie qu'il veut rendre mitoyenne que le voisin doit payer, et non pas la moitié de la valeur que cette partie pourrait avoir si ce mur était autrement

---

(1) *Conf.* Caen, 27 janv. 1860 (Dev., 61, II, 63; *J. Pal.*, 61, 612): Demolombe (*Serv.*, I, n° 354); Massé et Vergé (II, p. 173, § 322, note 18). *Contrà :* Douai, 7 août 1845 (Dev., 46, II, 620; Dall., 47, II, 446); Cass., 26 mars 1862 (Dev., 62, I, 473; Dall., 62, I, 175); Aubry et Rau (II, § 222, note 44, p. 383); *Dict. not.* (v° Mitoyenneté, n° 33).

(2) Rej., 1er déc. 1813; Toulouse, 8 fév. 1844; Cass., 3 juin 1850; Cass., 1er juill. 1861, etc. (Dev., 44, II, 291; 50, I, 585; 62, I, 81).

(3) Rej., 19 janv. 1825; Rej., 21 juill. 1836, etc. (Dev., 36, I, 529). — Des jours ouverts dans un mur non mitoyen, suivant des conditions autres que celles prévues par les art. 676 et 677, peuvent être considérés comme des jours de simple tolérance, et par conséquent comme n'étant pas susceptibles d'être acquis par prescription. Cass., 18 juill. 1859 (Dev., 60, I, 271; Dall., 59, I, 400); Cass., 2 fév. 1863 (Dev., 63, I, 92; Dall., 63, I, 145).

construit. Ainsi, il ne pourrait pas dire que le mur qui vaudrait 2 000 francs parce qu'il est en pierre, n'ayant dû coûter que 1 200 francs si on l'avait fait en brique, c'est 600 francs seulement et non 1 000 francs qu'il doit payer : le texte de notre article comme les principes de l'équité repousseraient sa prétention. En effet, quand vous m'avez laissé faire seul sur mon terrain le mur pour la construction duquel vous auriez pu vous entendre avec moi, il est clair que j'ai eu le droit de le construire comme je l'entendais et de le faire en pierre, dans le but peut-être d'y appliquer plus tard d'autres constructions. Or, aujourd'hui qu'il est fait, vous ne pouvez pas me forcer de vous donner pour 600 francs ce qui en vaut 1 000. Ici comme partout, l'expropriation forcée se conçoit et se justifie par l'intérêt général, mais elle ne se conçoit qu'au moyen d'une complète indemnité. Aussi le Code dit-il : La moitié *de la valeur du mur* (1).

662. — L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre.

611. Les différentes innovations que le propriétaire d'un mur mitoyen peut faire sur ce mur peuvent se faire sans le consentement du voisin, mais non pas à son insu et sans explication préalable. Ainsi, quand il veut l'exhausser, ou le jeter bas pour le reconstruire plus fort, ou lui donner un surcroît d'épaisseur, ou y appuyer des ouvrages quelconques, ou y placer des poutres, ou y pratiquer des enfoncements dans un but quelconque, il doit s'en entendre avec ce voisin, et s'ils ne peuvent tomber d'accord, faire régler par experts les mesures à prendre pour ne pas nuire aux droits de celui-ci.

663. — Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis ès dites villes et faubourgs : la hauteur de la clôture sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus; et, à défaut d'usages et de règlements, tout mur de séparation entre voisins, qui sera construit ou rétabli à l'avenir, doit avoir au moins trente-deux décimètres (dix pieds) de hauteur, compris le chaperon, dans les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, et vingt-six décimètres (huit pieds) dans les autres.

I. — 612. Le cas de clôture forcée dont parle notre article, à l'occasion des murs mitoyens, n'existe que pour les villes et leurs fau-

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Mitoyenneté, n°s 25 et suiv.).

bourgs; or, c'est à l'autorité administrative à déclarer si une commune est ou non une ville, et à déterminer jusqu'où s'étendent les faubourgs de cette ville (1).

La hauteur jusqu'à laquelle chaque propriétaire peut forcer son voisin de contribuer à la construction ou au rétablissement d'un mur de clôture est déterminée par les règlements; à défaut de règlements, par les usages constants de la localité; et à défaut d'usages constants, elle est de huit pieds dans les villes de moins de 50 000 âmes et leurs faubourgs, et de dix pieds dans les autres.

Si les deux propriétés que le mur doit séparer se trouvaient sur un terrain en pente, et qu'elles ne fussent pas de niveau à la ligne séparative parce que l'un des propriétaires aurait exhaussé ou que l'autre aurait abaissé son terrain, le propriétaire qui n'aurait rien changé à l'état primitif des lieux ne devrait contribuer que pour la moitié d'un mur ordinaire élevé à la hauteur indiquée par l'article, et ce serait à l'autre de payer seul tous les travaux restant nécessaires pour élever le mur à la hauteur voulue au-dessus du niveau du terrain le plus élevé (2).

Au reste, on voit que pour les murs qui existaient avant la promulgation de notre titre, aucun des propriétaires n'a pu et ne peut exiger qu'on leur donne une hauteur plus grande que celle qu'ils avaient à cette époque; c'est seulement pour le cas de leur reconstruction qu'on a pu ou qu'on pourrait forcer de leur donner la hauteur indiquée par la loi, et cette hauteur, bien entendu, ne peut être exigée qu'autant que les deux voisins ne seraient pas d'accord sur une élévation moindre.

II. — 613. Le voisin qu'un propriétaire veut contraindre à la construction d'un mur mitoyen peut s'en affranchir en abandonnant à celui-ci la portion de terrain à lui appartenante sur laquelle doit porter la moitié du mur à construire, conformément à l'art. 656.

Cette opinion, professée par Maleville, Toullier (III, 163), M. Zachariæ (II, p. 52) et la jurisprudence (3), est rejetée, au moins dans ce qu'elle a d'absolu, par Delvincourt, Pardessus (n° 168) et M. Duranton (V, 319), lesquels enseignent que cette faculté existe bien dans le cas de rétablissement du mur, mais non dans le cas d'une construction première.

L'erreur de ces derniers auteurs devient manifeste par la discussion du conseil d'État. En effet, M. Berlier ayant demandé que le voisin fût dispensé de contribuer à la clôture « en cédant la moitié de la place sur laquelle le mur devait être *construit* », il fut répondu par M. Tronchet, et reconnu sans contestation aucune, que cette modification, admise autrefois dans beaucoup de pays, était exprimée dans l'art. 656 (Fenet, XI, p. 266).

---

(1) *Voy.* Cass., 1er juill. 1857 (Dev., 58, I, 110; Dall., 57, I, 400); Paris, 11 juill. 1864 (Dev., 64, II, 221).

(2) Conf. *Dict. not.* (v° Clôture, n°s 7 et suiv.).

(3) Caen, 12 déc. 1817; Rej., 29 déc. 1819; Cass. d'un arrêt de Paris, 5 mars 1828; Toulouse, 7 janv. 1834; Douai, 5 fév. 1840 (Dev., 1834, II, 364; 1840, II, 203). *Voy.* aussi *Dict. not.* (v° Abandon de mitoyenneté, n° 11).

613 *bis*. Du reste, il est évident que dans le cas, prévu plus haut, d'un abaissement ou exhaussement de terrain nécessitant un surcroît de dépense, l'auteur de ce fait ne pourrait par aucun moyen se dispenser de subir seul ce surcroît. Il devrait le payer et abandonner sa portion de terrain pour se dispenser de contribuer au reste du mur.

664. — Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit :

Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient.

Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche.

Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite.

614. Le cas, prévu par notre article, d'une maison divisée par étages entre ses divers propriétaires sera probablement assez rare ; mais enfin, s'il se présentait, et que l'acte de partage n'eût pas prévu le mode de réparations et de reconstructions à faire, on appliquerait les règles posées ici. Les gros murs et le toit ne pouvant pas appartenir en particulier à tel ou tel des propriétaires, et restant la propriété commune et indivise de tous, seraient, comme choses mitoyennes, réparés ou rétablis aux frais communs de tous les intéressés. Il en serait de même, quoique l'article ne le dise pas, de toutes les autres parties indispensables à l'existence du bâtiment entier, ou demeurées nécessairement communes à tous; par exemple, les voûtes de cave, une fosse d'aisances, des piliers qui soutiendraient la construction, comme on en voit souvent dans les maisons formées d'anciennes églises. Et, bien entendu, le propriétaire de l'un des étages, copropriétaire de l'objet mitoyen à réparer en commun, par exemple d'un gros mur, ne pourrait pas se libérer de l'obligation de contribuer en disant qu'il renonce à la mitoyenneté de ce gros mur, puisqu'il continuerait d'en tirer les mêmes services qu'auparavant. Il ne pourrait se libérer qu'en renonçant à l'étage entier qui lui appartient (1).

Quant aux autres réparations, chacun des propriétaires les fait en entier pour ce qui le concerne : ainsi le propriétaire de chaque étage répare et reconstruit l'escalier et les petits murs de cet étage; en un mot, tout ce qui fait partie de cet étage, moins les gros murs. Cette règle, à la vérité, en ce qui touche l'escalier, blesse profondément les règles et de l'équité et de la logique; car le propriétaire du second se sert de l'escalier du premier tout autant que le propriétaire de ce premier étage. Mais *statuit lex* (2).

(1) Comp. Pau, 7 fév. 1862 (Dev., 62, II, 499).
(2) Voy. *Dict. not.* (v° Mitoyenneté, n°s 72 et suiv.).

665. — Lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise.

615. Cette règle, indiquée ici à l'occasion de reconstructions de murs ou parties de maisons mitoyens, n'est qu'une application toute simple du principe posé plus loin par les art. 703 et 704, lequel s'applique aussi, bien entendu, aux murs et maisons non mitoyens. On ne voit guère pourquoi le législateur s'est donné la peine d'en parler ici; c'est parfaitement inutile.

666. — Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens s'il n'y a titre ou marque du contraire.

667. — Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé.

668. — Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve.

669. — Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs.

616. Tout fossé séparant deux héritages, que ces héritages soient ou non en état de clôture, est réputé mitoyen, à moins que le contraire ne résulte d'un titre ou du seul signe de non-mitoyenneté que la loi admet dans ce cas, savoir, que le rejet des terres n'existe que d'un côté. Ces terres ayant été mises en entier sur un seul héritage, c'est que l'autre propriétaire n'y avait pas droit et n'était pas obligé de les recevoir. — Ce rejet de terre se nomme la douve du fossé. De là cette phrase de nos anciens auteurs : *Qui a douve, a fossé* (1).

S'il y avait contradiction entre l'indice de non-mitoyenneté et le titre, lequel déclarerait le mur mitoyen ou l'attribuerait en entier au propriétaire qui n'a pas le rejet des terres, c'est le titre qui l'emporterait, par la raison indiquée sous l'art. 655.

La mitoyenneté, ici comme partout, emporte pour chacun des copropriétaires l'obligation de contribuer à l'entretien de la chose, sauf toujours le droit de se décharger de cette obligation en renonçant à la mitoyenneté (2).

---

(1) Comp. Cass., 22 juill. 1861 (Dev., 61, I, 825; Dall., 61, I, 475); *Dict. not.* (v° Fossé, n° 18).

(2) Dans les lieux où il n'existe pas d'usage local obligeant le propriétaire qui veut se clore par un fossé à laisser au delà et en dehors un certain espace ou franc bord de fossé, le propriétaire a le droit de creuser un fossé à la limite extrême de la propriété voisine. Cass., 3 janv. 1854 (Dev., 54, I, 119; Dall., 54, I, 61). Mais le Code a maintenu les usages locaux qui obligent le propriétaire à laisser ce franc bord pour garantir le voisin contre l'éboulement des terres. Cass., 11 avr. 1848 (Dev., 48, I, 395; Dall., 48, I, 81); Cass., 3 juill. 1849 (Dev., 49, I, 624; Dall., 49, I, 316). Voy. *Dict. not.* (v° Fossé, n°s 3 et suiv.).

670. — Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture, ou s'il n'y a titre ou possession suffisante au contraire.

SOMMAIRE.

I. Toute haie est présumée mitoyenne dès qu'elle se trouve entre héritages clos. Mais la présomption, ici comme pour toute autre clôture, tombe devant un titre contraire.

II. La mitoyenneté d'une haie ou d'une clôture quelconque, comme tout autre droit de propriété, se perd par la prescription.

III. Mais elle ne peut subir aucune atteinte par l'effet d'une simple possession annale. Grave erreur et confusion de Toullier (reconnues par M. Duvergier), de Pardessus et de M. Duranton.

I. — 617. Le seul indice de non-mitoyenneté pour les haies, vives ou sèches, peu importe, c'est qu'un seul des deux héritages soit en état de clôture ; la haie appartient alors en entier à l'héritage clos, tandis qu'elle est mitoyenne quand les héritages sont clos tous deux, quelle que soit d'ailleurs la nature des clôtures. Ainsi, quand l'un des héritages est clos par quatre haies et l'autre par trois murs ou trois fossés, la haie séparative n'en est pas moins mitoyenne (1).

Mais, bien entendu, la présomption de mitoyenneté tomberait devant la preuve résultant d'un titre, lequel l'emporterait aussi comme dans le cas d'un mur ou d'un fossé, sur le simple indice de non-mitoyenneté résultant de ce qu'un seul héritage est clos.

II. — 618. Notre article nous présente comme une nouvelle circonstance qui ferait cesser la présomption de mitoyenneté, la *possession suffisante* qu'un des voisins aurait eue de la haie entière. Ceci est évident et n'avait pas besoin d'être dit : on sait, en effet, qu'une possession suffisante, c'est-à-dire une possession tantôt de trente ans, tantôt de dix ou vingt ans, selon les cas, opère la prescription (art. 2262 et 2265), et rend le possesseur propriétaire de la chose. Il est donc certain que quand l'un des voisins aura possédé seul pendant le temps voulu la haie qui était d'abord mitoyenne, elle lui appartiendra en entier. Mais on voit que cette possession, à la différence d'un titre, c'est-à-dire d'un acte écrit, ne sera pas la *preuve* de la non-mitoyenneté, de la propriété exclusive de l'un, mais bien sa *cause efficiente :* cette possession vous rendrait également propriétaire exclusif, alors même qu'il s'agirait d'une haie qui appartenait *en entier* à l'autre voisin et sur laquelle sa propriété était constatée par un titre ; ce titre prouverait qu'il a été propriétaire, mais il aurait cessé de l'être par l'effet de la prescription. Les rédacteurs ont donc eu grand tort de venir jeter cette idée de possession, c'est-à-dire de prescription, parmi les moyens de prouver la mitoyenneté ou la non-mitoyenneté ; il suffisait d'avoir dit dans l'art. 712 et dans le dernier titre du Code que la prescription est un des moyens d'*acquérir la propriété*.

---

(1) Comp. Caen, 1er juill. 1857 (Dev., 59, II, 496 ; Dall., 58, II, 13).

Et, bien entendu, ce n'est pas seulement pour les haies, c'est également pour des murs et des fossés que la prescription rend propriétaire, et que par conséquent votre possession suffisante briserait le droit de mitoyenneté ou de pleine propriété de votre voisin, alors même qu'il serait constaté par un titre. Celui donc qui, depuis trente ans, même sans titre et de mauvaise foi, ou depuis dix ou vingt ans avec titre et bonne foi, aurait fait acte de maître sur tout le mur ou le fossé, celui-là en serait aujourd'hui propriétaire exclusif par prescription, comme il le serait de la haie qu'il aurait toujours ébranchée depuis le même temps, sans qu'il y ait à considérer, pour aucune de ces clôtures, si elle était d'abord mitoyenne ou la propriété exclusive du voisin. — Il va sans dire que sur la clôture qui m'appartient en entier le voisin peut aussi, par une possession suffisante, c'est-à-dire soit de trente ans, soit de dix ou vingt ans, acquérir par prescription le droit de mitoyenneté.

III. — 619. Mais évidemment, pour que votre possession enlève ainsi au voisin ou son droit de mitoyenneté, ou son entière propriété, il faut que cette possession ait duré soit trente ans, soit dix ou vingt ans; en un mot, que la prescription vous soit acquise, et l'on ne conçoit pas qu'un jurisconsulte ait pu ou puisse avoir l'idée d'attribuer jamais cet effet à une simple possession annale. C'est cependant ce que font Toullier (III, 229), Pardessus (n° 325) et M. Duranton (V, 314 et 370) (1), qui enseignent qu'une simple possession d'une année fait cesser la présomption de mitoyenneté pour les haies d'après les deux premiers auteurs, et pour toute clôture d'après le dernier.

Disons d'abord que si la possession annale pouvait jamais produire un tel effet, elle le produirait tout aussi bien pour les murs et les fossés que pour les haies; en sorte que M. Duranton aurait parfaitement raison contre Toullier et Pardessus. Mais c'est là une profonde erreur; la possession annale ne fait cesser la présomption de mitoyenneté pour aucune espèce de clôture, et cette erreur, signalée déjà par M. Zachariæ (II, p. 50), et reconnue par M. Duvergier (sur Toull., *loc. cit.*) (2), ne provient que de la confusion faite entre deux choses profondément distinctes, savoir : l'effet de la possession annale, qui ne touche qu'*au possessoire,* et les présomptions de mitoyenneté, qui appartiennent *au pétitoire.*

Fixons-nous d'abord sur les effets fort différents que produit la possession d'une chose, selon que cette possession a duré plus ou moins longtemps, en observant que nous ne parlons que des immeubles, pour débarrasser la question de ce qui lui est étranger.

620. 1° Tant que votre possession de tout ou partie d'un immeuble n'a pas duré un an, elle ne vous donne ni le droit de propriété, ni même le *droit de possession ;* il suffit à votre adversaire, pour vous enlever cette possession *de fait,* de prouver que vous êtes en possession de-

---

(1) *Voy.* aussi Bordeaux, 5 mai 1858 (Dev., 58, II, 491; Dall., 58, V, 337).

(2) *Adde :* Demolombe (*Servit.*, I, n° 456); Aubry et Rau (II, § 222, note 14, p. 389); Massé et Vergé (II, § 324, note 5); *Dict. not.* (v° Haie, n°s 13 et suiv.).

puis moins d'un an, et que quand vous vous y êtes mis, il possédait, lui, depuis plus d'une année. Ainsi, avec une possession de moins d'une année, vous n'êtes ni propriétaire, ni même ce qu'on entend par possesseur; vous possédez bien en fait, mais vous n'avez pas la possession légale, le droit de possession, et dans votre débat au possessoire, devant le juge de paix, contre celui à qui vous avez enlevé une possession plus qu'annale, vous succomberez; celui-ci se fera remettre, réintégrer dans sa possession, par une action qu'on appelle pour cela *réintégrande*. Le seul avantage qui résulte pour vous de votre possession de fait, le seul *droit* qui en découle, c'est que la preuve à faire incombant ici comme partout au demandeur, *incumbit probatio ei qui agit,* c'est à votre adversaire de prouver que vous êtes venu vous mettre en possession depuis moins d'un an. — 2° Quand vous êtes en possession depuis plus d'une année, mais sans que la prescription soit encore acquise, vous n'avez pas la propriété, mais vous avez le droit de possession; vous êtes le possesseur, et c'est vous qui triompherez au possessoire. Si donc, devant le juge de paix, il s'élève une action *en réintégrande* intentée par votre adversaire pour recouvrer sa possession, ou une action *en complainte* dirigée par vous pour faire cesser le trouble qu'il apporte à votre possession annale, c'est vous qui serez vainqueur, et votre possession sera maintenue. Mais si votre adversaire, après avoir succombé au possessoire (ou sans agir au possessoire, parce qu'il sait qu'il n'y réussirait pas), vous attaque au pétitoire, et qu'il prouve sa propriété, soit par un titre, soit par une possession de trente ans à laquelle a succédé votre possession annale, il est clair que vous succomberez. Le seul avantage que vous donne au pétitoire votre possession annale, c'est de reporter sur votre adversaire la preuve à faire de son droit de propriété. — 3° Enfin, si votre possession est de dix ans entre présents, ou vingt ans entre absents, et accompagnée d'un titre et de bonne foi, ou si elle est de trente ans, même sans bonne foi ni titre, alors il y a prescription, vous êtes devenu propriétaire, et vous réussirez soit au possessoire, soit au pétitoire.

Ainsi, en résumé : 1° quand la possession n'est pas annale, on n'a pas le droit de possession; on ne gagne pas plus au possessoire qu'au pétitoire; 2° quand la possession est annale, on a le droit de possession, on gagne au possessoire; mais on perd au pétitoire; 3° enfin, quand la possession est suffisante pour opérer la prescription, on est propriétaire, on gagne et au possessoire et au pétitoire.

620 *bis*. Maintenant et d'un autre côté, il est bien clair que toute question de mitoyenneté est une question de propriété, une question de pétitoire puisqu'il s'y agit de savoir si telle chose *appartient* à vous seul ou à nous deux.

Ceci compris, il n'y a plus de difficulté possible; car votre possession annale n'étant une arme que pour le possessoire, tandis que la mitoyenneté ainsi que les preuves ou présomptions qui l'établissent ne peuvent se discuter qu'au pétitoire, il s'ensuit bien que la première sera né-

cessairement sans influence sur les secondes. Ainsi, supposons que le mur, le fossé ou la haie qui séparent, sans aucun titre ni signe de non-mitoyenneté, nos héritages clos, et qui dès lors sont mitoyens, soient exclusivement possédés par vous depuis un an et demi : quel pourra être l'effet de votre possession ?... Il est bien vrai que si un débat s'engage entre nous au possessoire devant le juge de paix, votre possession vous donnera gain de cause ; mais notez bien que là il ne pourra pas être question de la mitoyenneté ; on ne pourra pas plaider le point de savoir à qui appartient la clôture, si elle est à vous seul, ou à moi seul, ou à nous deux ; on ne discutera et on ne jugera que le point de savoir par qui cette clôture est possédée et doit continuer d'être possédée. Quant à ma prétention d'être copropriétaire de la clôture, ce n'est pas là qu'on pourra l'examiner, c'est au pétitoire ; et là ma propriété, mon droit de mitoyenneté, résultera, à défaut de titre, de la présomption légale écrite dans les art. 653, 666 et 670.

Qu'on ne dise donc pas, comme le fait M. Duranton, que c'est enlever à la possession annale ses effets légaux, que de lui refuser la force de détruire la présomption de mitoyenneté. Rien n'est plus inexact : dans la théorie que nous indiquons, et qui est bien celle de la loi, votre possession annale produit, ni plus ni moins, tout son effet légal ordinaire, qui est de vous assurer gain de cause au possessoire, de vous faire maintenir dans votre possession jusqu'à ce que j'obtienne jugement contre vous au pétitoire, et de vous conduire à la prescription par la continuation de cette possession, si je n'ai pas soin d'obtenir ce jugement avant l'expiration du temps voulu.

M. Duranton, pour confirmer sa doctrine par l'analogie d'un autre cas, dit que quand vous avez acquis sur mon héritage la possession annale d'une servitude de nature à s'établir par prescription, la présomption de franchise qui existe de plein droit au profit de tout héritage a cessé pour moi, et que la servitude vous est dès à présent acquise si je ne viens pas au pétitoire *prouver par un titre* la non-existence de cette servitude. C'est une nouvelle erreur. Quand vous êtes venu, depuis deux ans, par exemple, prendre une vue sur ma propriété au moyen d'une fenêtre que vous n'aviez pas droit de percer, il est bien vrai que je ne puis plus agir contre vous au possessoire et que le juge de paix devrait maintenir votre possession, attendu que vous possédez depuis plus d'un an ; mais il est faux que pour réussir au pétitoire il me faille prouver *par des titres* la franchise de mon héritage : il me suffira d'établir que votre fenêtre n'est percée que depuis deux ans, et que dès lors vous n'avez pas la prescription. Cette simple preuve fera connaître à mon profit la présomption de franchise qui existe pour tout héritage. — De même, quand vous avez depuis deux ans la possession exclusive d'une clôture dont les circonstances matérielles font présumer la mitoyenneté, il me suffit de constater au pétitoire que votre possession n'a que deux ans d'existence pour rendre toute sa force à la présomption de mitoyenneté.

Nous ne comprenons pas que M. Duranton ait pu, dans sa nouvelle

édition, reproduire encore une aussi grave erreur sans rien dire ni de la réfutation qu'on en avait présentée, ni des nombreux arrêts qui sont venus la condamner, et dont il aurait dû citer au moins quelques-uns dans une édition qu'il présente comme *augmentée de l'analyse de la jurisprudence nouvelle* (1).

671. — Il n'est permis de planter des arbres de haute tige qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par les usages constants ou reconnus; et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les arbres à haute tige, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres arbres et haies vives.

672. — Le voisin peut exiger que les arbres et haies plantés à une moindre distance soient arrachés.

Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin, peut contraindre celui-ci à couper ces branches.

Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a droit de les y couper lui-même.

SOMMAIRE.

I. Distance à garder pour la plantation d'arbres ou de haies. Après trente ans, le voisin ne pourrait plus faire arracher ceux qui seraient plantés trop près.
II. Mais il pourrait toujours s'opposer à leur remplacement. Erreur de Toullier, Pardessus, etc.
III. De quel moment courent les trente ans?
IV. La prescription qui s'applique ainsi aux arbres ne peut pas s'appliquer aux branches. Erreur de Delvincourt et de M. Troplong.
V. *Quid* des fruits de ces branches? Dissentiment avec M. Vazeille et M. Troplong.

I. — 621. L'intérêt de l'agriculture exigeait que les propriétaires, pour ne pas se nuire réciproquement les uns aux autres, ne pussent avoir des arbres contre la ligne séparative de leurs héritages. En conséquence, chacun est obligé de ne planter d'arbres qu'à la distance fixée dans chaque localité par des règlements administratifs ou des usages constants. A défaut d'usages et de règlements, la distance est de 2 mètres (6 pieds 3 p.) pour les arbres à haute tige (2), et d'un demi-mètre (1 pied 7 p.) pour les autres arbres et pour les haies vives (quant aux haies sèches, elles peuvent, comme les murs, se mettre à la ligne

---

(1) Angers, 7 juill. 1830; Bourges, 31 mars 1832; Bourges, 20 juin 1835; Douai, 15 fév. 1836; Poitiers, 23 juin 1836; Cass., 13 déc. 1836; Bourges, 31 mars 1837; Rej., 17 janv. 1838 (Dev., 31, II, 104; 32, II, 496; 37, I, 215, et II, 116 et 265; 38, I, 123). — M. Duranton, sans rien dire de ces nombreuses décisions, invoque (n° 370) un arrêt de rejet du 3 vend. an 14, qu'il prétend conforme à sa doctrine. C'est encore une erreur; car cet arrêt (qui n'est certes pas de la jurisprudence *nouvelle*) décide seulement que celui qui justifie de sa possession annale doit, comme nous l'avons dit, avoir gain de cause *au possessoire*.

(2) Les arbres qui sont par leur nature arbres de haute tige ne peuvent être considérés comme arbres de basse tige, par cela seul qu'ils sont coupés et recepés périodiquement et tenus à la hauteur d'une haie. Cass., 5 mars 1850, 9 mars 1853, 25 mai 1853, 12 fév. 1861 (Dev., 50, I, 177; 53, I, 148; 53, I, 714; 61, I, 327).

séparative elle-même) (1). Et la règle, bien entendu, ne s'applique pas seulement aux arbres *plantés* par le propriétaire, mais aussi à ceux qui croîtraient d'eux-mêmes : il est clair qu'ils seraient tout aussi nuisibles, et que le motif de la loi existe avec la même force : si le Code a parlé d'arbres plantés, c'est évidemment en prévoyance du cas le plus fréquent, et en se préoccupant *de eo quod plerumque fit* (2).

Lors donc que des arbres ou haies existent à une distance moindre que celle voulue par les règlements ou usages, ou par la loi, le voisin peut exiger qu'ils soient abattus ; à moins, pourtant, qu'ils n'existent depuis plus de trente ans, parce que dans ce cas leur propriétaire aurait acquis par prescription le droit de les conserver, ainsi que le reconnaissent tous les auteurs.

II. — 622. Mais est-ce seulement le droit *de conserver les arbres* existants, ou bien celui *d'avoir là des arbres* à toujours, que le propriétaire aura prescrit? quand ces arbres tomberont, pourra-t-il les remplacer par d'autres de même nature et en même nombre? L'affirmative est professée par Toullier (III, 515), Pardessus (n° 15), et M. Zachariæ (II, p. 53, note 4) ; mais nous la croyons erronée... Pour la motiver, on dit que la défense adressée à un propriétaire de n'avoir des arbres qu'à telle distance de la limite de son terrain étant une servitude, le fait par son voisin d'avoir eu des arbres pendant trente années à la distance prohibée a opéré par prescription l'extinction de cette servitude ; en sorte que rien ne l'empêche désormais d'user à perpétuité de la franchise de son héritage. M. Pardessus ajoute un second argument auquel nous ne répondrons, pour plus de clarté, qu'après avoir réfuté celui-ci.

Il est faux que la nécessité pour un propriétaire de n'avoir des arbres qu'à une certaine distance du voisin soit une vraie servitude; et par conséquent, l'argument élevé sur le prétendu caractère de l'obligation dont il s'agit est renversé par un mot. Non, ce n'est pas là une servitude; nous l'avons remarqué déjà, et une seule considération le prouve jusqu'à l'évidence. En effet, tous les propriétaires, sans distinction, sont soumis à la règle dont il s'agit; si donc c'était là une servitude, un démembrement du *dominium*, il s'ensuivrait qu'il n'existe pas en France *un seul* droit de propriété qui soit entier!!! Non, les règles que le Code appelle servitudes légales ne sont pas des servitudes proprement dites; elles ne sont point des démembrements du droit de propriété, mais seulement les modes d'exercice légal de ce droit, les limites où il s'arrête dans l'état social. Que serait-ce, en effet, que ce prétendu droit de propriété naturelle d'après lequel chacun pourrait

---

(1) Jugé que dans l'intérieur de Paris aucune distance n'est imposée aux plantations d'arbres à haute tige; ces plantations peuvent, d'après l'usage, avoir lieu jusqu'à l'extrême limite des jardins, sauf l'élagage. Paris, 27 août 1858 (Dev., 58, II, 637). *Voy.* cependant Paris, 17 fév., 1862 (Dev., 62, II, 137; Dall., 62, II, 96).

(2) *Conf.* Cass., 28 nov. 1853 (Dev., 54, I, 37; Dall., 54, I, 233); Demolombe (*Servit.*, t. I, n° 488). — L'art. 671 s'applique aux héritages en nature de bois comme aux héritages soumis à d'autres genres de culture. Cass., 24 juill. 1860 (Dev., 60, I, 897; Dall., 60, I, 320); *Dict. not.* (v° Arbres, n° 42).

faire de sa chose tout ce qu'il voudrait? Que serait ce droit, réciproque pour vous et pour moi, de planter, contre la ligne séparative, des arbres qui, faute d'espace, ne pourraient croître ni pour moi ni pour vous? La propriété pourrait-elle donc être la faculté ridicule de se nuire réciproquement par l'abus de sa chose?... On doit savoir d'ailleurs que le droit naturel ne connaît pas de *propriété,* mais une simple *possession,* que le droit civil, en la consolidant, a pu et dû régler dans l'intérêt de tous (1). Les règles dont il s'agit ne sont rien autre chose que les limites de la propriété civile, la seule (quand même il en aurait jamais pu exister une autre) que l'on pourrait invoquer ici. Et ce n'est pas seulement la raison qui nous dit que ces règles restrictives constituent les bornes de votre droit, la nature même de votre *dominium;* c'est le Code lui-même, puisqu'il définit la propriété : « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.* » (Art. 544.)

Donc, le fait par mon voisin d'avoir eu depuis trente ans des arbres en deçà de la distance voulue, n'opère point l'*extinction* d'une servitude qui grevait son fonds, mais, au contraire, elle *crée* une servitude sur le mien à son profit; il n'y a pas eu pour lui prescription à l'effet de se libérer, il y a eu contre moi prescription à l'effet d'acquérir. Et, en effet, si l'existence trentenaire de vos hêtres à un mètre de mon terrain avait seulement opéré l'extinction d'une servitude qui grevait votre fonds et rendu à ce fonds sa liberté, cette servitude, une fois éteinte, ne pourrait plus renaître pour mon fonds qu'au moyen d'un titre; elle ne pourrait pas s'établir par prescription, puisque ce serait une servitude négative et qui ne s'annonce par aucun ouvrage apparent (art. 689 et 691). Il suivrait de là qu'après la chute de vos hêtres, quand même vous seriez quarante, soixante, cent ans et plus sans les remplacer, vous auriez à perpétuité le droit d'en planter d'autres! Quoi de plus contradictoire avec le but de notre article?

Cette vérité incontestable que l'existence des arbres pendant trente ans fait acquérir au voisin une servitude sur mon fonds nous conduit à l'argument de Pardessus. « D'après l'art. 665, dit-il, si la maison au profit de laquelle existait une servitude est démolie, mais qu'elle soit plus tard reconstruite avant le délai de trente ans, la servitude continue à son profit; donc, par analogie, la servitude que j'ai acquise sur votre fonds par prescription, et qui consiste à avoir des arbres en deçà de la distance légale, continuera aussi, pourvu que mes arbres, après avoir été abattus, soient remplacés avant trente ans. » Cet argument, très-spécieux, nous l'avouerons, n'a aucune force réelle, et la prétendue analogie n'existe pas.

En effet, la prescription est fondée sur la renonciation présumée de la personne à son droit; or, quand même j'aurais renoncé formellement *à faire arracher* les arbres par vous plantés trop près de mon

(1) Voir nos *Études de science religieuse,* 4e Étude, nº III.

terrain, quand même je vous aurais expressément autorisé *à conserver* ces arbres, cette autorisation ne vous aurait pas permis, quand ces arbres seraient venus à tomber, d'en planter d'autres à leur place; en renonçant à faire arracher les arbres aujourd'hui existants, je n'ai pas nécessairement renoncé à m'opposer à une seconde plantation, puis à une troisième, et ainsi de suite. Pour qu'il en eût été autrement, il aurait fallu que je vous accordasse 1° le droit de conserver ces arbres, et 2° le droit d'en replanter d'autres. Or, comment et pour quelle raison verriez-vous ces deux droits dans mon silence de trente ans, alors que le premier suffit pour l'expliquer? Comment donneriez-vous à ma renonciation tacite plus d'effets qu'à la renonciation formelle qui aurait pu intervenir?... Qu'on n'argumente pas du cas d'une servitude établie au profit d'une maison; car la démolition d'une maison est un accident exceptionnel qui n'entre pas, en général, dans la prévision de deux contractants, tandis que la chute de l'arbre est un événement tout naturel, en vue duquel la plantation même a lieu, et qui entre tout naturellement dans la prévision des parties. Il n'y a aucune analogie d'un cas à l'autre (1).

III. — 623. Les trente ans par l'expiration desquels s'accomplirait la prescription courront de la plantation même de l'arbre; à moins que cette plantation n'ait eu lieu derrière un mur ou une haie qui cachaient l'arbre, ou dans toute autre circonstance qui ait empêché le voisin de connaître de suite la plantation faite. Ils ne courraient, dans ce cas, que du jour où il serait certain qu'il en a eu connaissance (2).

IV. — 624. Cette prescription s'appliquerait-elle également pour les branches qui avancent sur la propriété du voisin, de sorte qu'il n'aurait plus le droit de les faire couper, parce qu'il y aurait plus de trente années qu'elles dépasseraient la ligne séparative?... Delvincourt et M. Troplong (*Prescr.*, n° 346) répondent affirmativement; mais nous n'hésitons pas à dire que c'est une erreur.

L'usage général étant de couper les branches à des époques périodiques assez rapprochées, par exemple, tous les six ans ou tous les neuf ans, le voisin sur le fonds duquel vos branches avancent depuis trente ans a bien pu ne les laisser que parce qu'il croyait d'année en année que vous alliez les couper. Pour prescrire, il faut de la part du voisin, depuis trente années, un silence qui dénote chez lui le consentement de laisser les choses dans l'état où elles sont aujourd'hui : c'est ce qui a lieu pour l'arbre, mais non pas pour ses branches. Quand vous avez planté une rangée de chênes à un mètre seulement du voisin, celui-ci a dû comprendre *à l'instant même* que vous vouliez conserver cet

---

(1) Paris, 24 août 1825; Rennes, 19 juin 1838; Bourges, 8 déc. 1841 (*J. Pal.*, II, 1842, p. 143 et 144); Caen, 22 juill. 1845 (Dev., 46, II, 609); Cass., 13 mars 1850 (Dev., 50, I, 385; Dall., 50, I, 89); Cass., 22 déc. 1857 (Dev., 58, I, 361; Dall., 58, I, 59); Cass., 24 mai 1864 (Dev., 64, I, 41; Dall., 64, I, 229); *Dict. not.* (v° Arbres, n° 51).

(2) La défense portée par l'art. 671 est applicable même alors que les deux propriétés sont séparées par un mur de clôture. Caen, 19 fév. 1859 (Dev., 59, II, 587).

état de choses pendant cent ou cent cinquante années ; car on ne plante pas un arbre pour le couper au bout de six, huit ou dix ans. Donc, quand le voisin aura laissé passer trente ans sans rien dire, il y aura là un silence qui, *dès la première année* comme pour la trentième, révèle le consentement de laisser subsister vos arbres pour toute la durée naturelle de leur existence. Au contraire, quand vos branches, il y a trente et un ans, ont poussé pour la première fois au-dessus de son fonds, ce voisin a pu croire et a dû croire que vous les couperiez l'année suivante, ou dans trois ans, ou dans six ans ; or le consentement de les laisser pendant six ans, par exemple, n'est pas le consentement de les laisser pendant cent ou cent cinquante ans que le chêne peut vivre ; et cette espérance de les voir couper s'étant continuée d'année en année, on ne peut voir à aucune époque le consentement de les laisser toujours... Et quand même on prétendrait qu'après un certain temps, dès la sixième année, par exemple, le voisin a dû voir votre intention arrêtée de ne pas couper vos branches, la preuve du consentement tacite de les laisser, et dès lors la prescription, n'ayant commencé qu'à cette époque, ce serait seulement après trente ans depuis ce moment que la prescription serait acquise. Or, qui peut affirmer que c'est à telle année plutôt qu'à telle autre que ce consentement a dû se présumer?... Il est donc impossible de préciser le moment où la prescription trentenaire commencera.

Mais allons plus loin, et, à l'exemple de M. Troplong, appliquons aussi judaïquement que possible, pour un moment, les règles les plus rigoureuses. Admettons qu'*à l'instant même* où les branches ont avancé sur le fonds du voisin, la circonstance que celui-ci ne les a pas fait couper immédiatement a prouvé son consentement de ne pas les faire couper plus tard, et que dès lors la prescription est accomplie contre lui après trente années depuis cet instant. Que s'ensuivrait-il?... Il s'ensuivrait que le voisin ne pourrait plus faire couper ce qui existe au-dessus de son fonds *depuis trente ans,* mais qu'il pourrait toujours faire couper le reste. Ainsi, en supposant que les branches aient crû de deux décimètres ou un demi-pied par an, depuis trente ans qu'elles avancent sur le fonds, le voisin pourrait faire couper le dernier demi-pied, puisqu'il n'existe que depuis un an, et l'avant-dernier, puisqu'il n'existe que depuis deux ans, et ainsi de suite jusqu'au second, qui n'existe que depuis vingt-neuf ans; en sorte que le demi-pied qui couvre le bord du terrain et qui seul existe depuis trente ans serait le seul qu'il dût respecter. C'est évident; car, encore une fois, le propriétaire de l'arbre n'a pu acquérir par prescription que le droit de conserver ce qui couvre le terrain depuis trente ans.

La prescription, alors même qu'elle serait admissible, ne gênerait donc pas beaucoup le voisin, et produirait un résultat bien mesquin. Mais, nous le répétons, elle ne saurait s'appliquer ici, puisque les circonstances ne permettent jamais de voir dans le silence du voisin le consentement de laisser les choses dans l'état où elles sont. C'est donc

avec raison que la doctrine de M. Troplong est repoussée par la jurisprudence comme par les auteurs (1).

Quant aux racines, le voisin pourra toujours les couper lui-même; car elles sont à lui comme faisant partie de son terrain. C'est un point reconnu par tous les auteurs, même par M. Troplong (n° 355), comme par les arrêts (2).

V. — 625. Les fruits croissant aux branches qui avancent sur le terrain du voisin n'en appartiennent pas moins au propriétaire de l'arbre, comme et avec les branches dont ils sont l'accessoire; le voisin n'a donc pas le droit de les cueillir, comme le disent à tort M. Vazeille et M. Troplong. Mais ce voisin est-il tenu de laisser passer le propriétaire pour venir les récolter?

Nous répondons affirmativement, non-seulement quand le terrain n'est pas clos (comme Merlin, Delvincourt et M. Duranton), mais aussi quand il y a une clôture (comme Lassaulx, Pardessus et Toullier). Cette obligation du voisin nous paraît résulter de son consentement à laisser subsister les branches qu'il pourrait faire couper; et nous ne voyons pas comment cette obligation peut exister ou ne pas exister, selon qu'il existe ou non une clôture (3).

Bien entendu, ce voisin peut exiger une indemnité si la récolte ou la chute des fruits lui cause quelque préjudice.

673. — Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne, sont mitoyens comme la haie; et chacun des deux propriétaires a droit de requérir qu'ils soient abattus.

626. Tout arbre appartient comme accessoire à celui du terrain duquel sort son tronc; lors donc que ce tronc est en partie dans votre terrain et en partie dans le mien, il nous appartient en commun. A plus forte raison en est-il ainsi quand il est dans une haie mitoyenne, et, par conséquent, dans un terrain qui est lui-même commun entre nous. — Lorsque le tronc de l'arbre est plus porté vers un terrain que vers l'autre, est-ce pour moitié qu'il est commun aux deux voisins, ou bien est-ce en proportion des parties dans lesquelles l'arbre se trouve divisé par la ligne séparative des héritages, ou par celle que l'on suppose tirée au milieu de la haie mitoyenne?... Quand il n'y a pas de haie mitoyenne, et par conséquent pas de terrain mitoyen, mais deux terrains qui appartiennent exclusivement l'un à vous et l'autre à moi, jusqu'à la ligne séparative, l'arbre ne nous est commun qu'en proportion de la partie du tronc qui se trouve dans le terrain de chacun; si le tiers

---

(1) Paris, 16 fév. 1824; Paris, 12 fév. 1833; Rej., 16 juill. 1835; Bourges, 4 juin 1845; Limoges, 2 avr. 1846 (Dev., 35, I, 799; 45, II, 479; 46, II, 372); Douai, 3 juill. 1856 (Dev., 57, II, 174; Dall., 57, V, 304); Proudhon (*Dr. d'usage*, II, 572); Pardessus (n° 195); Vazeille (*Prescr.*, n° 119); Duranton (V, 398); Zachariæ (II, p. 54); *Dict. not.* (v° Arbres, n° 61).

(2) Conf. *Dict. not.* (v° Arbres, n° 67).

(3) *Contrà :* Bastia, 3 mars 1856 (Dev., 56, II, 202; Dall., 56, II, 85). Conf. *Dict. not.* (v° Arbres, n° 63).

seulement du tronc est dans mon terrain, je ne suis copropriétaire que pour un tiers, et je ne puis ébrancher ou recueillir les fruits que pour le tiers, comme aussi je n'aurai droit qu'à un tiers du bois quand l'arbre sera abattu. Mais quand l'arbre se trouve pour le tout dans un terrain mitoyen, le terrain, dans ce cas, comme la haie, comme le mur, s'il en existait un au lieu d'arbres et de haie, nous étant commun pour moitié dans chacune de ses parties, l'arbre nous appartient aussi pour moitié chacun, quand même le milieu du terrain mitoyen ne serait pas le milieu du tronc (1).

Au reste, pour éviter les nombreuses difficultés que l'émondage ou les récoltes pourraient faire naître, la loi permet à chacun des copropriétaires de l'arbre placé dans la haie mitoyenne de le faire abattre ; et ce droit ne serait pas modifié par l'existence de l'arbre depuis plus de trente ans, car aucun des deux voisins n'a pu acquérir par prescription le droit de conserver l'arbre, puisque aucun n'en a eu la jouissance exclusive. (Que si mon voisin avait eu la jouissance exclusive de l'arbre et de la haie depuis trente ans, il est bien clair que je ne pourrais plus en exiger l'abatage; mais c'est parce que ce ne serait plus un arbre placé dans une haie mitoyenne. L'arbre, la haie et le terrain qui les porte seraient devenus, par prescription, la propriété exclusive du voisin.)

SECTION II.

DE LA DISTANCE ET DES OUVRAGES INTERMÉDIAIRES REQUIS POUR CERTAINES CONSTRUCTIONS.

674. — Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisance près d'un mur mitoyen ou non;

Celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau;

Y adosser une étable,

Ou établir contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives,

Est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages, pour éviter de nuire au voisin.

I. — 627. Cet article n'est qu'une application de ce principe général, posé par les art. 1382 et 1383, que chacun est tenu de réparer le dommage qu'il cause par sa faute, son imprudence ou sa négligence; et que dès lors il y a obligation pour lui de prévenir ce dommage. Au lieu de copier dans la Coutume de Paris notre règle beaucoup trop restreinte, et qui ne peut servir que d'exemple, les rédacteurs auraient pu se contenter de la règle absolue écrite dans ces art. 1382 et 1383.

Ainsi, d'abord, quoique notre article ne parle que du cas où il existe

(1) *Conf.* Colmar, 12 nov. 1856 (Dev., 57, II, 106).

un mur entre nos propriétés, il est bien clair que si vous pratiquez dans votre terrain, séparé du mien par une haie ou un fossé, une fosse d'aisances qui, vu la mauvaise confection de la cave, laisse passer des infiltrations qui viennent gâter l'eau de ma mare, j'aurai action contre vous. Ainsi encore, si vous formez chez vous un établissement qui, par la fumée ou les exhalaisons qui s'en échappent, rende mon habitation insalubre ou incommode, j'aurai action contre vous. C'est qu'en effet, vous avez le droit de faire chez vous tout ce qu'il vous plaira, mais sans porter atteinte aux droits de votre voisin.

Mais quelle est la ligne précise de démarcation entre ce que le propriétaire peut toujours faire chez lui et ce qui lui est interdit par respect pour le droit de ses voisins? Il est évident qu'on ne peut pas défendre à un propriétaire tout acte nuisible à son voisin. Quand le fait dont le voisin se plaint n'est de votre part que l'exercice d'un droit qui vous appartient, le dommage qu'éprouve le voisin ne vous est pas imputable; il ne suffit pas qu'il y ait *damnum,* il faut que le dommage soit causé *sine jure,* il faut *damnum injuriâ datum.* Où sera donc la ligne de démarcation?... La règle qui se présente ici tout naturellement, et que formulait en effet la loi romaine, c'est que vous pouvez tout faire sur votre fonds, pourvu que vous ne touchiez au mien ni directement ni indirectement : *in suo, alii, hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat.* Ainsi, quand vous construisez sur votre terrain un mur élevé qui me prive d'un beau point de vue, quoique ce travail diminue l'agrément et dès lors la valeur de ma maison, je ne puis pas me plaindre; si des fouilles pratiquées par vous ont détourné l'eau souterraine que me fournissait une source, je ne pourrai pas me plaindre encore : dans ces cas et autres analogues, vous êtes resté chez vous, vous n'avez pas touché à mon héritage. Mais si vos travaux amènent chez moi une épaisse fumée, des exhalaisons ou des infiltrations nuisibles; si des substances corrosives déposées par vous trop près de mon bâtiment le dégradent et le détériorent par leurs émanations; si en creusant trop près de mon mur vous touchez à mon terrain, et que ce terrain s'éboule et ne soutienne plus ce mur suffisamment, alors vous sortez de votre domaine pour toucher au mien, vous portez atteinte à ma chose, il y a *damnum injuriâ datum.*

II. — 628. Maintenant, toutes les fois qu'il s'agit de travaux qui pourraient amener la dette d'une indemnité, le voisin ne doit les faire qu'après avoir pris les précautions exigées ou par les règlements, ou par les usages, ou par la prudence, s'il n'existe pas de règlements ni d'usages, ou si les mesures ordonnées par ceux-ci paraissent insuffisantes. Que si, après les travaux faits, leur confection me cause cependant le dommage caractérisé ci-dessus, le voisin, par cela seul que je subis ce dommage, et quand même il aurait pris toutes les mesures indiquées par les règlements et d'autres encore, est obligé 1° de m'indemniser, et 2° de prendre de nouvelles mesures pour prévenir un dommage ultérieur. Que si les circonstances sont telles que ce préjudice ultérieur

ne puisse être conjuré par aucun moyen, les tribunaux devront ordonner la suppression des travaux.

Parmi les différents travaux pour lesquels des mesures de précaution doivent être prises, il en est qui ne seraient contraires qu'à l'intérêt particulier du voisin; telle serait la construction d'une étable contre son mur : pour ceux-là, le droit de les maintenir s'acquerrait par prescription, malgré le préjudice qu'ils causeraient au voisin, si celui-ci avait laissé passer trente ans sans réclamation depuis leur confection. Les autres, au contraire, par exemple la construction d'une cheminée, d'un fourneau, seraient une contravention aux règles imposées pour la sûreté publique, et le voisin pourrait à toute époque faire cesser l'état de choses en portant plainte au maire dans les communes rurales, et au commissaire de police dans les villes.

Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur ces décisions (1).

SECTION III.

DES VUES SUR LA PROPRIÉTÉ DE SON VOISIN.

629. Quoique la rubrique de cette section ne parle que des vues, on va voir qu'il y est question des *vues* proprement dites et aussi des simples *jours*, que la loi distingue les unes des autres. Le Code appelle *jours* les fenêtres qui n'ouvrent pas et qui procurent la lumière sans donner passage à l'air : il s'en occupe dans les trois premiers articles de la section : il appelle *vues* les fenêtres ou autres ouvertures qui donnent passage à l'air comme à la lumière : les trois derniers articles de la section se réfèrent à eux.

675. — L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant.

676. — Le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant.

Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer, dont les mailles auront un décimètre (environ trois pouces huit lignes) d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant.

677. — Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à vingt-six décimètres (huit pieds) au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est à rez-de-chaussée, et à dix-neuf décimètres (six pieds) au-dessus du plancher pour les étages supérieurs.

---

(1) *Voy.* notamment Toullier (III, 328 à 334); Pardessus (nos 199-201); Delvincourt; Metz, 10 nov. 1808 et 16 août 1820; Paris, 28 juin 1825; Rej., 13 mars 1827; Rennes, 27 août 1829; Rej., 13 mai 1831; Lyon, 27 août 1833; Cass., 4 déc. 1849 (Dev., 31, I, 296; 34, II, 43; 50, I, 33).

630. Ces trois articles sont relatifs aux simples jours, appelés aussi *jours de souffrance* ou de tolérance.

Le propriétaire exclusif d'un mur peut, alors même que ce mur joint la propriété voisine, y pratiquer les jours de telles hauteur et largeur qu'il voudra, pourvu 1° qu'ils soient à verre dormant, c'est-à-dire procurés par un verre fixé dans un châssis qui n'ouvre pas; 2° que l'ouverture du mur soit garnie d'un treillis en fil de fer dont les mailles n'aient pas plus de trois décimètres d'ouverture; 3° enfin, que ces jours se trouvent, dans leur partie inférieure, à vingt-six décimètres au moins du sol de la pièce qu'ils éclairent, si cette pièce est au rez-de-chaussée, et à dix-neuf décimètres pour les étages supérieurs.

Quand le mur est mitoyen, aucun des deux voisins ne peut le percer sans le consentement de l'autre. Mais, bien entendu, il n'est pas nécessaire, pour que je puisse pratiquer des jours dans le mur, qu'il m'appartienne exclusivement dans toute son étendue; pourvu qu'il soit mien dans la partie que je perce, qu'importe qu'il soit mitoyen plus bas ou à côté? Donc, quand l'un des copropriétaires d'un mur mitoyen l'a fait exhausser à ses frais, comme il le peut d'après l'art. 658, il pourra pratiquer des jours dans l'exhaussement; sauf au voisin à acquérir la mitoyenneté de cet exhaussement, comme le lui permet l'article 660, et de faire boucher ces jours ensuite.

Ce droit pour l'acquéreur de la mitoyenneté de partie d'un mur ou de la mitoyenneté d'un mur entier, de faire boucher les jours qui existaient alors que le mur était, au moins dans une partie, la propriété exclusive du voisin, existe toujours lors de l'acquisition de cette mitoyenneté, et alors même que ces jours auraient plus de trente ans d'existence. En effet, tant que vous étiez propriétaire unique du mur, je n'ai pu demander la suppression des jours, je n'ai pas pu me plaindre, puisque leur tolérance était une obligation que la loi m'imposait. Mon silence pendant trente ou quarante années est donc insignifiant, puisqu'il était forcé; et dès lors la prescription n'a pas pu courir : *contrà non valentem agere, non currit præscriptio*. Mais si je laissais subsister vos jours pendant trente années à partir du moment où je suis devenu copropriétaire, il est clair que la prescription s'accomplirait (1).

678. — On ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a dix-neuf décimètres (six pieds) de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage.

679. — On ne peut avoir des vues par côté ou obliques sur le même héritage, s'il n'y a six décimètres (deux pieds) de distance.

---

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Mitoyenneté, n° 35).

SOMMAIRE.

I. Distance à garder pour les fenêtres ouvrantes, selon qu'on y prend une vue droite ou oblique. — Comment la distance se calcule.

II. Cette distance doit être observée dans toute circonstance, excepté quand la vue se prend sur la voie publique. Erreur de M. Zachariæ. — *Quid* de la vue donnant sur un toit ?

III. Celui qui a, pendant trente ans, des vues trop rapprochées de son voisin, acquiert la servitude *luminum*, à laquelle ce voisin ne peut plus nuire. Erreur de Toullier (reconnue par M. Duvergier), de Merlin et de M. Zachariæ.

IV. Mais ce voisin peut toujours construire à six pieds, même en faisant des fenêtres.

I. — 631. Ces deux articles, et aussi l'article suivant (qui est au moins inutile dans le Code, puisqu'il exprime, fort inexactement, une idée qui se comprend d'elle-même), s'occupent des vues, c'est-à-dire des fenêtres ouvrantes, des ouvertures par lesquelles on tire tout à la fois de l'air et de la lumière : ce sont celles auxquelles on donne dans le langage ordinaire le nom de *fenêtres,* lequel ne s'applique pas habituellement aux simples jours de souffrance, quoique le Code le leur donne aussi.

Les vues sont droites ou obliques. La vue droite est celle que l'homme peut exercer par un regard tombant *perpendiculairement* sur la ligne séparative de deux héritages; la vue oblique est celle dans laquelle le regard ne peut tomber sur cette ligne séparative qu'en obliquant à droite ou à gauche. La vue est toujours droite quand le mur où se trouve l'ouverture est parallèle ou à peu près à la ligne séparative, soit qu'il y ait alors une ouverture simple, soit que l'ouverture soit accompagnée d'un balcon ou autre saillie sur laquelle on peut avancer. Quand, au contraire, le mur où l'ouverture est pratiquée se trouve perpendiculaire ou à peu près avec la ligne séparative, la vue est tantôt oblique, et tantôt droite encore. Elle est oblique quand il n'y a qu'une simple ouverture qui oblige de porter le regard à droite ou à gauche pour voir chez le voisin; elle est droite quand cette ouverture est accompagnée d'un balcon ou saillie quelconque qui permet de se tourner et de jeter ainsi un regard perpendiculaire sur la ligne séparative.

Toutes les fois qu'il y a vue droite, soit qu'elle se prenne directement et de l'appartement même, par une ouverture pratiquée dans un mur parallèle à la ligne séparative et accompagnée ou non d'une saillie, soit qu'elle ne puisse se prendre qu'au dehors de cet appartement par la saillie d'une ouverture pratiquée dans un mur perpendiculaire à cette ligne, il faut toujours garder la distance de six pieds. Cette distance se mesure par une ligne tirée perpendiculairement de la ligne séparative et venant tomber ou 1° sur le mur parallèle, quand il n'y a pas saillie; ou, 2° quand ce mur parallèle présente une saillie, sur la ligne extérieure de la façade de cette saillie; ou enfin, 3° quand la saillie tient à un mur perpendiculaire à la ligne séparative, sur la ligne extérieure du bout de cette saillie par lequel on peut regarder chez le voisin.

Quant à la distance de deux pieds exigée pour les vues obliques, il est évident qu'on la mesurera par une ligne partant perpendiculairement de la ligne séparative des héritages pour s'arrêter en face de celui des deux jambages de la fenêtre qui est le plus rapproché de l'héritage voisin (1).

II. — 632. Il importe peu, pour les distances que vous devez observer en perçant des fenêtres ouvrantes, que l'héritage qui joint le vôtre soit ou non clos, qu'il présente ou non une maison d'habitation, qu'il soit en nature de jardin ou de labour; la loi ne distingue pas : sa règle est portée pour le voisinage d'un héritage quelconque, *clos* ou *non clos*. Ainsi, quand vous venez bâtir une maison à trois pieds de ma terre de labour, vous ne pourrez pas y avoir de fenêtres de mon côté. En vain vous diriez que mon champ n'étant pas enclos, vous aviez déjà pleine vue sur lui avant de construire la maison. Car ce que la loi vous défend, à moins d'un intervalle déterminé par elle, ce n'est pas de regarder sur ma propriété; c'est d'y regarder *d'un balcon ou par une fenêtre:* vous pouvez fort bien, en vous promenant sur votre terrain ouvert, vous tenir à cinq pieds, trois pieds, un pied de la ligne séparative, et examiner mon héritage tout à votre aise; mais ni à un pied, ni à cinq pieds, vous ne pouvez avoir aucune fenêtre prenant vue sur cet héritage. C'est qu'en effet, une fenêtre est un œil constamment ouvert sur ma propriété : je crains derrière elle le regard du voisin à tout instant, parce qu'il y peut être sans que je le voie, et elle est dès lors bien autrement gênante pour moi que la pleine vue qui existe entre deux héritages ouverts l'un et l'autre (2).

Mais il faut que la vue soit prise sur mon héritage pour que je puisse me plaindre; et nos articles ne s'appliqueraient plus si cette vue était prise sur la voie publique. Les citoyens peuvent user de la voie publique pour tous les services auxquels elle est propre, à la seule condition de respecter les règles posées par l'autorité administrative. Sous cette condition, leur droit est absolu et ne peut recevoir aucune restriction de la disposition de nos articles, qui n'ont d'autre objet que de régler les rapports de voisinage entre propriétés privées, et n'ont dès lors aucun trait à ce cas. La gêne qu'un voisin peut éprouver alors est la conséquence du voisinage de la voie publique, et se trouve compensée par les avantages que ce voisinage lui procure. Ainsi, et malgré l'erreur contraire de M. Zachariæ (II, p. 66) et d'un arrêt de Nancy (25 nov. 1816), la maison située dans une petite rue qui aurait moins de six pieds de large peut y avoir néanmoins des fenêtres d'aspect sans que le propriétaire d'en face puisse s'y opposer : c'est un point reconnu par les auteurs anciens et modernes comme par la jurisprudence (3). De

---

(1) Une porte ouverte dans un bâtiment, comme conséquence d'un droit de passage stipulé au projet de cette construction, n'est pas comprise dans les prohibitions de l'art. 678. Cass., 28 juin 1865 (Dev., 65, I, 339).

(2) *Voy.* Lyon, 4 nov. 1864 (Dev., 65, II, 134).

(3) Bourjon (part. 2, ch. 12, sect. 3); Desgodets (*Cout. de Paris*, art. 202); Delvincourt (t. I); Toullier (III, 528); Merlin (*Rép.*, v° Vue); Pardessus (n° 204); Du-

même et en conséquence du même principe, le balcon qui règne le long de la façade de ma maison sur la voie publique peut s'étendre jusqu'à l'extrémité de cette maison sans que mes voisins de droite et de gauche puissent exiger qu'il s'arrête à 19 décimètres de leurs propriétés, parce qu'il me donne une vue oblique sur elles; un arrêt qui jugeait le contraire a été, avec raison, cassé le 27 août 1849 (1).

633. Suffit-il même, absolument et toujours, que la vue porte immédiatement sur la propriété privée d'un voisin? Ainsi, quand j'ai sur le flanc de ma maison, plus élevée que la maison contiguë, une terrasse ou des fenêtres qui ne donnent que sur le toit entièrement fermé de celle-ci, mon voisin peut-il faire supprimer ces vues?... La question, qui s'est présentée en 1849 devant la Cour suprême, paraît d'abord assez délicate. On peut dire, pour l'affirmative, que nos articles ne distinguent pas, qu'ils exigent la distance pour toute vue prise sur l'héritage *clos* ou *non clos* du voisin, sans considérer comment et par où la vue porte, comment et par où l'héritage est clos; que, d'ailleurs, la propriété du sol emportant celle de tout le dessous et de tout le dessus (art. 552), la vue ainsi prise par mon voisin est une atteinte à ma propriété... Nous pensons cependant qu'on doit répondre négativement. Ici comme partout, la loi doit s'entendre sérieusement : quand elle prohibe une vue trop rapprochée, elle entend une *vue* qui *voit* quelque chose, une vue qui peut vous atteindre, et non celle qui ne peut tomber sur rien autre chose que les ardoises de votre toiture. Sans doute, si vous-même aviez sur votre maison une terrasse ou un belvédère, ou si, comme il arrive souvent, votre toit présentait sur quelque point un châssis de verre éclairant soit une mansarde, soit un escalier, vous pourriez faire supprimer la vue du voisin; mais quand votre toit n'est rien qu'un toit, vous n'avez aucune espèce d'intérêt à vous plaindre, vous ne subissez aucune espèce de gêne, et votre action dès lors ne doit pas être accueillie. C'est, en effet, ce que la Cour suprême a décidé (2).

III. — 634. Nous avons vu plus haut que celui qui acquiert la mitoyenneté d'un mur peut y faire boucher les jours de souffrance qui s'y trouvent même depuis plus de trente années, attendu qu'il était forcé de les subir tant que le mur n'était pas mitoyen, et que dès lors la prescription n'a pas pu courir contre lui; mais il est clair qu'il en serait autrement pour les fenêtres ouvrantes dont il s'agit ici, et qui auraient été pratiquées dans un mur trop rapproché du voisin. Ce voisin ayant eu dans ce cas le droit de faire supprimer les fenêtres, son silence présenterait un consentement tacite à leur maintien, et, après trente an-

---

ranton (V, 412); Solon (nº 294); Demolombe (*Serv.*, II, nº 566); Aubry et Rau (II, § 196, p. 186, notes 19 et 20); Dijon, 13 mars 1840; Besançon, 26 nov. 1846; Rej., 1er mars 1848; Cass., 27 août 1849 (Dev., 47, II, 605; 48, I, 622; 49, I, 609); Cass., 1er juill. 1861 (Dev., 62, I, 81; Dall., 62, I, 138).

(1) *Voy.* la note précédente.

(2) Rejet sur arrêt conforme de Metz, 7 nov. 1849 (Dev., 1850, I, 18); Cass., 2 fév. 1863 (Dev., 63, I, 92); Toulouse, 23 mai 1863 (Dev., 63, II, 198); Demolombe (*Serv.*, II, nº 570); Aubry et Rau (II, § 196, p. 185).

nées, la prescription serait acquise pour le propriétaire du mur. Il n'y aurait donc alors aucune utilité pour le voisin, sous ce rapport du moins, à forcer le propriétaire de lui céder la mitoyenneté du mur (que nous supposons construit sur la ligne séparative ou à très-peu de distance d'elle).

Mais au moins ce voisin, qui a laissé subsister depuis plus de trente ans les fenêtres trop rapprochées de sa propriété, ne pourrait-il pas, sans les faire boucher, construire à la limite extrême de son héritage un mur de clôture ou de bâtiment qui empêcherait le propriétaire des fenêtres de voir désormais chez lui?... C'est là une question très-controversée, mais que nous n'hésitons pas à résoudre négativement; car l'unique raison sur laquelle s'appuient les partisans de l'opinion contraire a été réfutée déjà.

635. En effet, Merlin (*Quest.*, v° Servitude, § 3), Toullier (III, 534), Pardessus (n° 285) et M. Zachariæ (II, p. 60), disent, pour motif de la décision que nous rejetons, que l'obligation légale, pour tout propriétaire, de ne percer des fenêtres qu'à une certaine distance du voisin, est une servitude proprement dite; que dès lors le voisin qui a depuis trente ans des fenêtres trop rapprochées a tout simplement acquis l'extinction de cette servitude et la liberté de son héritage, mais non pas une servitude active contre le fonds du voisin. Tous avouent, soit explicitement, soit implicitement, que si le propriétaire des fenêtres avait acquis une servitude de vues, le voisin ne pourrait rien faire qui nuisît à l'exercice de cette servitude. — Or, nous avons démontré sous l'article 672 que l'obligation de ne planter qu'à telle distance du voisin, et en général les diverses obligations imposées aux propriétaires pour les empêcher de nuire à leurs voisins, ne sont point de vraies servitudes, mais tout simplement les limites légales du droit de propriété; en sorte que l'héritage qui n'est soumis qu'à ces obligations, communes à tout propriétaire, est dans son état normal, dans son état de liberté légale. Nous avons fait comprendre que ces limitations imposées à tous par le droit civil, par les nécessités de l'état social, formant la règle générale et le droit commun, on ne peut pas dire que l'héritage qui s'en affranchit *recouvre* sa liberté, une prétendue liberté *qu'il n'a jamais eue,* et qui n'est qu'une *exception* aux prescriptions générales de la loi. Donc, le fonds qui a depuis trente ans des fenêtres trop rapprochées du voisin ne s'est pas affranchi d'une servitude passive, il a acquis une servitude active; et tous les raisonnements tendant à prouver le contraire viendront toujours échouer contre cette considération, que, quand même (ce qui n'est pas, selon nous) le système contraire serait parfaitement vrai en droit naturel, il est parfaitement et évidemment faux pour le droit civil, le seul que nous ayons à suivre ici.

Or, du moment qu'il est établi que le propriétaire des fenêtres a acquis une servitude sur le fonds voisin, il devient évident, et les adversaires reconnaissent eux-mêmes que le voisin ne peut rien faire qui empêche l'exercice de cette servitude; c'est là, en effet, ce que disent

le bon sens, la raison et aussi la disposition formelle de l'art. 701.

Ce qui prouve bien l'erreur du système contraire, c'est la contradiction dans laquelle ses défenseurs sont contraints de se jeter en reculant devant les conséquences de leur propre doctrine. — La prescription étant le résultat du consentement tacite que fait présumer le long silence de la personne, il s'ensuit qu'elle doit produire, ni plus ni moins, le même effet qu'une convention qu'on aurait formée sur le même objet. Donc, s'il était vrai que l'obligation de ne percer des vues qu'à telle distance du voisin constitue vraiment une servitude, et que la prescription n'est que la libération de cette servitude, laquelle ne crée pas la servitude contraire ; s'il en était ainsi, le consentement formel que le voisin vous donne de prendre vos vues plus près ne serait aussi que la remise de la servitude, et non pas la création d'une servitude qui lui interdirait de gêner vos vues..... Quand Merlin, pour faire comprendre sa doctrine par un exemple, dit que le débiteur qui prescrit éteint bien sa dette, mais n'acquiert pas une créance, il est clair qu'on peut lui dire aussi que le débiteur à qui la remise de sa dette est consentie par convention formelle n'acquiert pas plus de créance que l'autre... En un mot, le cas de convention et celui de prescription présentent le même résultat : la seule différence, c'est que le consentement est indiqué dans un cas par des paroles, et dans l'autre par les circonstances. Or, les adversaires reconnaissent que, dans le cas de convention, le voisin ne pourrait pas nuire aux vues ! Il ne le peut donc pas non plus en cas de prescription (1).

635 *bis*. C'est donc bien là une servitude *luminum* acquise par le propriétaire des fenêtres; et il s'ensuit qu'aux termes des art. 665 et 704, si la maison qui jouit de cette servitude venait à être démolie, mais qu'elle fût ensuite reconstruite avant le délai de trente ans, la servitude continuerait (*voy.* sous l'art. 672 la raison de cette différence entre le cas de servitudes inhérentes à une maison, et celui d'arbres plantés trop près du voisin).

IV. — 636. Mais de ce que le propriétaire, dont le mur construit à la ligne séparative a des fenêtres donnant sur le voisin depuis plus de trente ans, a dès lors acquis une servitude de vues droites à laquelle le voisin ne peut plus nuire, il n'en faudrait pas conclure, comme nous l'avons vu faire devant le Tribunal de la Seine, que c'est seulement à *douze pieds* de ce mur que le voisin pourrait désormais construire lui-même un mur ayant aussi des fenêtres. Pour arriver là, on disait : « Acquérir le droit d'avoir, sur la ligne séparative, le mur garni de fenêtres, que je ne pourrais avoir en principe qu'à six pieds de cette ligne, c'est acquérir le droit d'être sur cette ligne dans *la même position*

---

(1) Duranton (V, 236); Duvergier (sur Toullier); Aubry et Rau (II, § 196, note 34, p. 188); Demolombe (*Serv.*, II, n° 580); Toulouse, 21 avr. 1830; Colmar, 23 mars 1833; Rej., 1er déc. 1835; Rej., 21 juill. 1836 (Dev., 36, I, 529 et 604); Montpellier, 15 nov. 1847 (Dev., 48, II, 124); Cass., 22 août 1853 (Dev., 53, I, 593; Dall., 53, I, 427).

où j'aurais été à six pieds d'elle, et d'y jouir des mêmes avantages; or, si j'étais à six pieds de la ligne, vous ne pourriez construire un mur à fenêtres qu'à douze pieds de moi : c'est donc aussi à douze pieds de moi, et dès lors à douze pieds de la ligne séparative sur laquelle je me trouve, que vous pourrez construire un mur garni de fenêtres. »

Le point de départ de ce raisonnement est faux. Il est faux que, parce que vous avez acquis le droit d'avoir vos fenêtres à la ligne séparative, vous puissiez pour cela les y avoir dans la même position absolument que si elles étaient à six pieds plus loin. Elles seront bien dans la même position en ce sens que le voisin ne pourra ni vous les faire boucher, ni même construire lui-même, soit contre elles, soit à moins de six pieds, un mur qui gênerait leur jour; mais l'assimilation des deux positions ne va pas plus loin. Sans doute, qui veut la fin veut les moyens, et quiconque a le droit d'avoir des fenêtres a par là même le droit d'avoir une certaine étendue de vide pour le jour et l'air; mais cette étendue est fixée par la loi à *six pieds,* et non pas à douze : à six pieds, puisque, quand vous suivez la règle en construisant votre mur à fenêtres à cette distance de six pieds de la ligne séparative, votre voisin peut construire sur cette ligne même un mur (sans fenêtres) qui ne vous laissera que ces six pieds pour l'air et le jour; et quant à l'intervalle de douze pieds que ce voisin, s'il veut avoir des fenêtres, devra laisser de vous à lui, en se portant comme vous à six pieds de la ligne séparative, ce n'est plus pour vos fenêtres seulement qu'il est exigé : une moitié est requise pour ne pas nuire à ces fenêtres; mais l'autre l'est pour mettre à l'abri de regards trop gênants la partie de votre propriété qui règne entre vos fenêtres et la ligne séparative. En définitive, les deux choses que veut la loi dans l'intérêt de chaque propriétaire, c'est : 1° que ces fenêtres ne soient pas gênées par un mur que son voisin aurait à moins de six pieds; 2° que la limite extrême de sa propriété ne soit pas gênée par des fenêtres que ce voisin aurait en deçà de cette même distance. Or ces deux conditions existeront pour vous dans l'hypothèse ci-dessus : d'une part, les fenêtres par vous possédées depuis trente ans sur la ligne séparative auront leurs six pieds d'air, puisque le voisin, comme on l'a dit, ne pourra construire qu'à cette distance; d'autre part, les fenêtres qu'il pourra mettre dans son mur seront également à six pieds de votre limite extrême, puisque c'est précisément à cette limite que vos fenêtres se trouvent, et qu'en se mettant à six pieds des unes, il est par cela même à six pieds de l'autre.

Ainsi donc, l'acquisition que vous avez faite par prescription de vues existant à la ligne séparative enlève bien à votre voisin le droit qu'il aurait eu sans cela de construire un mur (sans fenêtres) sur cette ligne séparative, et il ne peut plus mettre ce mur qu'à six pieds, parce que, autrement, il vous priverait de l'étendue d'air à laquelle vous avez droit comme conséquence de votre droit de vue; mais il peut, à cette même distance, faire un mur avec fenêtres, aussi bien que sans fenêtres, parce que ces fenêtres seront aussi à six pieds de la limite extrême de votre

propriété, de sorte que les deux conditions voulues par la loi seront remplies l'une et l'autre (1).

680. — La distance dont il est parlé dans les deux articles précédents, se compte depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, et, s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés.

637. Nous avons suffisamment expliqué dans l'article précédent (n° 1) comment doit se mesurer, dans les différents cas, la distance de six pieds ou de deux pieds requise par la loi; et si nous avons réservé pour cet article une observation spéciale, c'est uniquement pour faire remarquer le vice de sa rédaction.

L'article nous dit que, dans tous les cas, on mesurera la distance par une ligne partant soit du parement extérieur du mur, soit de la ligne extérieure de la saillie, pour aller tomber sur la ligne séparative des héritages. La règle sera très-bonne pour les vues droites prises dans un mur qui fait face à l'héritage voisin et qui est parallèle à la ligne séparative : il est clair qu'alors la ligne partant perpendiculairement de la face extérieure du mur ou de la saillie ira tomber perpendiculairement aussi sur la ligne séparative. Mais, quand il s'agira d'un mur perpendiculaire à la ligne séparative, la ligne que l'on tirerait ainsi de la face extérieure du mur ou de la saillie se trouverait parallèle à cette ligne séparative, et la première se prolongerait à l'infini sans jamais toucher la seconde. Il est clair que, comme nous l'avons dit, la ligne perpendiculaire doit alors partir de la ligne séparative pour s'arrêter en face du jambage de la fenêtre la plus rapprochée, ou, s'il y a une saillie, en face de l'extrémité de cette saillie la plus rapprochée encore.

SECTION IV.

DE L'ÉGOUT DES TOITS.

681. — Tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin.

I. — 638. Cet article ne veut pas dire que le propriétaire d'un fonds est *obligé de faire des toits* pour empêcher l'eau pluviale qui tombe sur son fonds de couler ensuite chez le voisin; il signifie que ce propriétaire, *quand il établit des toits,* doit les établir de manière à ce qu'ils ne jettent pas l'eau sur le fonds voisin. L'idée de la loi, ainsi qu'on

(1) Le propriétaire qui a acquis par prescription un droit de vue sur son voisin au moyen d'un certain nombre d'ouvertures ne peut puiser dans cette prescription le droit d'en établir de nouvelles. Cass., 1er juill. 1861 (Dev., 62, I, 81; Dall., 62, I, 138).

l'a vu par l'art. 640, n'est pas que le propriétaire doit *empêcher* ses eaux pluviales d'*aller* chez le voisin; mais bien qu'il n'a pas le droit de *les y faire aller :* ses toits, dit notre article, ne doivent pas *les y faire verser*.

Ainsi, quand le terrain des deux fonds est plus ou moins incliné, et que les eaux coulent *naturellement* de l'un sur l'autre, le propriétaire supérieur a le droit de les laisser couler, et le propriétaire inférieur est tenu de les recevoir, tellement qu'il ne peut pas faire un mur qui en empêche l'écoulement. Mais le propriétaire supérieur ne peut pas faire venir l'eau sur le fonds inférieur. Ainsi, il ne peut pas creuser une rigole qui amène un petit courant sur ma propriété; il ne peut pas avancer son toit de manière à ce que l'égout tombe sur mon terrain : ce serait créer contre moi la servitude d'égout, *stillicidii;* il ne peut pas poser des gouttières dont le conduit viendrait jeter l'eau soit immédiatement sur mon terrain, soit sur le sien d'abord, mais assez près du mien pour qu'elle y arrive en ruisseau : ce serait prendre sans droit la servitude de gouttière, *fluminis;* il ne peut pas même faire tomber son égout sur son terrain, mais assez près de mon mur pour que l'eau gâte ses fondements; et il ne le pourrait pas non plus alors que le mur serait mitoyen, puisqu'il détériorerait par là une construction qui m'appartient pour moitié, et aux réparations et constructions de laquelle je contribue : il ne le pourrait qu'autant que le mur lui appartiendrait exclusivement (1).

Le propriétaire qui bâtit à la ligne séparative de nos héritages ou très-près de cette ligne, de sorte que son égout pourrait me nuire, doit donc placer des gouttières qui empêchent cet égout et qui conduisent l'eau ou sur son terrain uniquement ou sur la voie publique. Encore faut-il que les conduits qui règnent le long de son toit et du haut en bas de sa construction n'avancent pas en face de mon terrain, car ce serait violer la propriété que j'ai de tout le dessus comme de tout le dessous (art. 552), et s'arroger la servitude *projiciendi* ou *protegendi* (2).

Au reste, toutes les fois qu'un des travaux ci-dessus aura existé depuis trente ans sans réclamation du voisin, la servitude sera légalement établie par prescription (art. 688, 689 et 690) (3).

II. — 638 *bis*. Dans plusieurs de nos anciennes coutumes, le propriétaire d'un mur de bâtiment ou de clôture avait le droit d'aller de l'autre côté de son mur sur un espace qui variait selon les localités, pour les réparations et l'entretien de ce mur. Dans certaines coutumes, cet espace était de plein droit censé appartenir au propriétaire du mur; dans d'autres, il avait seulement sur lui une servitude légale; dans tous les cas,

---

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Égout, n°s 1 à 11).

(2) L'art. 681 n'établit pas au profit du propriétaire du toit une présomption légale de la propriété de la partie du terrain que couvre la saillie de son toit, et sur laquelle se déversent les eaux pluviales. Cass., 28 juill. 1851 (Dev., 51, I, 600; Dall., 51, I, 184); Paris, 24 août 1864 (Dev., 64, II, 301).

(3) *Voy.* Cass., 19 juin 1865 (Dev., 65, I, 337).

le droit s'appelait *tour d'échelle*, nom qu'on donnait aussi au terrain sur lequel ce droit frappait.

Le Code n'a point reproduit ce droit de *tour d'échelle*.

De là il suit, tout d'abord, que la propriété d'un mur n'emportera jamais de plein droit la propriété d'une certaine étendue du terrain qui est derrière. Par conséquent, celui qui bâtit un mur à deux ou trois pieds de la limite de son héritage doit avoir soin de conserver, soit par des titres, soit par des bornes, soit par toute autre circonstance, des preuves de l'étendue de sa propriété, sans pouvoir compter sur l'ancien effet, aujourd'hui aboli, du tour d'échelle.

Quant au tour d'échelle considéré comme simple servitude de passage à l'effet de réparer le mur qu'un propriétaire a construit à la ligne séparative de son fonds, on doit l'admettre encore dans les villes et faubourgs; car, puisque je pourrais alors, si le mur se détruisait en entier, *forcer* le voisin de le reconstruire avec moi, il est tout naturel que je puisse aussi le forcer de me le laisser réparer. Dans tout autre cas, nous ne croyons pas qu'on pût exiger le passage.

SECTION V.

DU DROIT DE PASSAGE.

682. — Le propriétaire dont les fonds sont enclavés, et qui n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner.

683. — Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique.

684. — Néanmoins il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé.

685. — L'action en indemnité, dans le cas prévu par l'article 682, est prescriptible; et le passage doit être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable.

SOMMAIRE.

I. Passage légalement forcé en cas d'enclave. — Quand il y a enclave.
II. Cette servitude légale de passage est susceptible de prescription et de possession.
III. Double prescription quant à l'indemnité.
IV. Comment s'éteint cette servitude.
V. Cas où le passage est dû sans indemnité.

I. — 639. Il est d'intérêt général qu'aucun terrain en état de produire ne reste inculte. En conséquence, la loi autorise le propriétaire d'un fonds qui se trouve enclavé, à passer, pour l'exploitation des terres, sur le fonds d'un de ses voisins, à la charge de lui payer une juste indemnité. C'est là une véritable servitude imposée au voisin, un démembrement de son droit de propriété, une expropriation pour cause d'utilité publique.

Un fonds est enclavé non pas seulement quand on n'en peut pas sortir (sans passer sur un voisin), mais quand on n'en peut pas sortir dans telle circonstance, avec telle voiture; en un mot, quand on n'en peut pas sortir de la manière voulue pour l'exploitation du fonds (1).

Les auteurs et la jurisprudence admettent également qu'il y a enclave quand le terrain est séparé d'un chemin public par une rivière sur laquelle il n'existe ni pont ni bac, et même quand il communique à un chemin, mais que ce chemin est *absolument* impraticable (2). Ces décisions nous paraissent très-justes, excepté pour le cas où il s'agirait d'une petite rivière appartenant au propriétaire qui réclame le passage : on devrait le lui refuser alors, car il lui est bien facile de s'en procurer un en jetant sur sa rivière un pont peu dispendieux.

II. — 640. Les auteurs et les arrêts s'accordent aussi pour reconnaître, entre la servitude de passage ordinaire et celle de passage pour enclave, une différence qu'il est important de signaler. D'après les art. 688 et 691, la servitude ordinaire de passage se trouve insusceptible de prescription, insusceptible dès lors de possession civile; et tout le monde admet, au contraire, à l'exception seulement de M. Vazeille (*Prescr.*, I, 409), que dans le cas d'enclave la servitude de passage demeure susceptible de possession et de prescription. Cette idée est assurément délicate, et la Cour de cassation elle-même l'avait condamnée dans les premières années du Code (arr. du 8 juill. 1812); mais nous pensons cependant qu'on doit l'admettre, et suivre en ce point le sentiment général.

Ce n'est pas qu'on puisse dire, comme on le fait souvent, que le droit de passage pour enclave peut *s'acquérir par prescription;* car l'idée, quoique reproduite par plusieurs arrêts de la Cour suprême, est évidemment inexacte. La prescription, c'est-à-dire l'exercice du passage pendant trente années, ne peut pas faire acquérir le droit de passer, puisque par le fait même de l'enclave ce droit existe. Du moment que mon terrain est enclavé, et par cela seul, j'ai le droit de passer sur mon voisin; ce droit m'est directement conféré par la loi, cette loi constitue pour moi un titre; or, je ne peux pas acquérir par prescription ce qui m'appartient déjà... Et la prescription ne peut pas plus éteindre mon droit qu'elle ne peut le créer. Si, après avoir passé plus ou moins longtemps, je restais trente ou quarante années sans exercer mon droit, ce droit ne serait pas éteint par ce non-usage, puisque, par cela seul que mon terrain est enclavé, j'ai toujours le droit de passer. Mais si la prescription ne peut ici ni faire perdre le droit de passage ni le faire acquérir, ne peut-elle pas du moins en fixer le mode d'exercice en déterminant le lieu par où l'on passera? Nous le croyons.

---

(1) *Conf.* Caen, 16 avr. 1859 (Dev., 59, II, 652; Dall., 59, II, 199); Demolombe (*Serv.*, II, n° 611).

(2) Merlin (*Rép.*, v° Voisin, § 4, 4); Favard (v° Serv., sect. 2, § 7); Zachariæ (II, p. 63); arrêt du Parlement de Paris, 26 juin 1812; Rejet, 31 juill. 1844 (Dev., 44, I, 845); Angers, 14 janv. 1847 (Dev., 47, II, 250; Dall., 47, II, 47); Cass., 8 mars 1852 (Dev., 52, I, 314); Bastia, 2 août 1854 (Dev., 54, II, 573; Dall., 56, II, 281). — *Voy.* encore Chambéry, 10 janv. 1863 (Dev., 63, II, 237).

Le Code dit bien que mon fonds enclavé a, de par la loi, droit au passage; mais il ne fixe pas et ne pouvait pas fixer le point par où ce passage s'exercera : il se contente de dire qu'il devra se prendre par l'endroit où le trajet sera plus court ou moins dommageable (1). Or, si j'ai passé pendant plus de trente ans sur tel fonds, le propriétaire de ce fonds ne pourra plus me contraindre à passer sur un autre fonds : j'aurai acquis par prescription le droit d'exercer par là ma servitude légale. Voici la raison de cette différence entre le droit de passage ordinaire et le droit de passage légal dont il s'agit ici. Dans les cas ordinaires, je n'ai aucun droit de passer sur vous; il est raisonnable dès lors que mes charriages à travers votre terrain soient regardés comme de simples actes de bon voisinage, et que la loi les trouve trop peu significatifs et trop précaires pour y attacher la prescription. En cas d'enclave, au contraire, vous savez qu'il faut absolument que je passe sur le fonds d'autrui, que j'ai positivement le *droit* d'y passer; mes charriages à travers votre héritage doivent donc vous apparaître comme l'exercice d'un droit rigoureux, et il est tout naturel que cet exercice suffisamment prolongé engendre la prescription. D'ailleurs, la lettre même des art. 688 et 691 ne peut pas être invoquée ici, puisqu'ils ne sont écrits que dans le chapitre des Servitudes établies par le fait de l'homme, c'est-à-dire pour les servitudes proprement dites (2).

III. — 641. Le propriétaire enclavé peut aussi, par une jouissance de trente années, prescrire l'obligation où il était de payer une indemnité au propriétaire sur le fonds duquel il passe.

Cette prescription, bien entendu, courrait, comme la précédente, du moment même où le passage a été exercé, et non pas seulement du moment où il y aurait eu entre les parties convention et règlement pour le chiffre de l'indemnité (3). Il est évident, en effet, que l'*action en indemnité* dont parle l'art. 685 n'est pas l'*action en payement* de la somme à laquelle l'indemnité aurait été fixée, mais bien l'action par laquelle on demande la fixation de cette indemnité. La règle est ici la même que dans l'art. 643, pour l'indemnité que les habitants d'une commune ou d'un hameau doivent au propriétaire d'une source dont l'eau leur est nécessaire. Dans chacun de ces cas, il y a lieu à deux prescriptions bien distinctes : 1° la prescription du droit de réclamer et de faire fixer une indemnité : elle court du jour même où commence

---

(1) La règle que le passage doit être pris du côté où le trajet est le plus court n'est pas absolue : la considération de la brièveté du trajet peut se combiner avec d'autres considérations tirées soit de la difficulté du passage, soit du dommage qu'il peut occasionner. Bourges, 9 mars 1858 (Dev., 58, II, 670; Dall., 59, II, 38).

(2) Toullier (V, 562); Pardessus (n° 223); Delvincourt (t. I); Proudhon (*Dr. d'usage*, I, 260); Favard (v° Serv., sect. 2, § 7, 4); Solon (n° 553); Demolombe (*Serv.*, II, n° 624); Massé et Vergé (II, § 337, p. 190); Aubry et Rau (II, § 243, p. 508); Cass., 10 juill. 1821; Rej., 7 mai 1829; Rej., 16 mars 1830; Cass., 19 nov. 1832; Cass., 16 fév. 1835; Rej., 7 juin 1836; Rej., 12 déc. 1843 (Dev., 30, I, 271; 33, I, 253; 35, I, 806; 36, I, 936; 44, I, 352); Cass., 29 déc. 1847 (Dev., 49, I, 134; Dall., 48, I, 204); Nancy, 30 mars 1860 (Dev., 60, II, 447); Grenoble, 7 juin 1860 (*ibid.*); Paris, 5 avr. 1861 (Dev., 62, II, 255); Metz, 19 janv. 1865 (Dev., 65, II, 124).

(3) *Conf.* Bastia, 2 août 1854 (Dev., 54, II, 573).

l'exercice du passage ou l'usage de l'eau, mais elle ne s'accomplit que par trente ans d'un exercice continu; 2° la prescription de la créance d'argent à laquelle l'indemnité a été fixée : elle ne courrait que du jour où la somme devait se payer, mais elle s'accomplirait alors même que les débiteurs n'auraient pas joui continuellement du droit de passer ou de prendre l'eau, par cela seul qu'il s'est écoulé trente ans depuis l'exigibilité de la créance.

IV. — 642. La servitude dont il s'agit ici n'étant établie que vu le défaut de communication avec la voie publique, il s'ensuit que si cette communication venait à exister ensuite, soit parce qu'on établirait une route contre le terrain primitivement enclavé, soit parce que le propriétaire de ce terrain aurait acquis l'un des fonds qui le séparaient d'un chemin auquel il touche maintenant, la servitude s'évanouirait; sauf le droit pour celui qui aurait payé une indemnité d'en réclamer une partie, laquelle serait plus ou moins forte en raison du temps pendant lequel la servitude aurait existé (1).

V. — 643. Il est un cas où le passage devrait, selon nous, être fourni sans indemnité : c'est celui où l'enclave résulte de la division d'un seul fonds, division opérée ou par le partage de ce fonds, ou par son aliénation partielle. Dans ce cas, celui des copartageants, ou celle des parties contractantes dans l'acte d'aliénation, qui aurait la portion de terrain communiquant à la voie publique, devrait livrer passage à l'autre sans indemnité, quoiqu'on ne s'en fût pas expliqué dans l'acte. Telle a été forcément l'intention tacite des parties; car qui veut la fin, veut les moyens (2).

On comprend donc qu'alors la servitude est établie non plus par la loi, mais par le fait de l'homme; ce n'est plus une servitude légale, ce n'est plus le cas de notre article.

CHAPITRE III.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

644. Ce chapitre va nous indiquer successivement et dans quatre sections séparées :

1° Quelles servitudes peuvent s'établir par le fait de l'homme;
2° Comment ces servitudes peuvent s'établir;
3° Quels effets elles produisent;
4° Enfin, comment elles s'éteignent.

---

(1) *Conf.* Rouen, 16 fév. 1844; Orléans, 23 août 1844 (*J. Pal.*, 44, II, 204 et 285). Alors même qu'elle s'exerce depuis plus de trente ans. Rouen, 13 déc. 1862 (Dev., 63, II, 176); Aubry et Rau (II, § 243 et note 33, p. 508). Mais *voy.* Lyon, 12 juill. 1865 (Dev., 65, II, 288).

(2) Comp. Riom, 10 juill. 1850 (Dev., 52, II, 30; Dall., 51, II, 244); Cass., 14 nov. 1859 (Dev., 60, I, 236; Dall., 60, I, 176); Cass., 1er août 1861 (Dev., 61, I, 945; Dall., 61, I, 161).

SECTION PREMIÈRE.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SERVITUDES QUI PEUVENT ÊTRE ÉTABLIES SUR LES BIENS.

686. — Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.

L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue; à défaut de titre, par les règles ci-après.

SOMMAIRE.

I. Notre législation proscrit les *servitudes personnelles.*
II. Ce qu'il faut entendre par là.

I. — 645. Notre article permet aux propriétaires d'établir sur leurs fonds ou au profit de leurs fonds toutes les servitudes qu'il leur plaira, sauf deux restrictions. L'une de ces restrictions, celle qui veut que la servitude n'ait rien de contraire à l'ordre public, se comprend d'elle-même et ne demande aucune observation ; mais il n'en est pas de même de l'autre, qui pourrait jeter de la confusion dans les idées si l'on n'avait soin de bien préciser la pensée de la loi.

La loi défend positivement que la servitude soit *imposée à la personne* au profit d'un fonds, ou sur un fonds *en faveur de la personne ;* d'où l'on conclut, et avec vérité, quand on entend ces mots dans leur sens légal, que le Code prohibe les *servitudes personnelles.*

Mais qu'est-ce à dire?... Le Code ne veut pas de charge imposée à un fonds en faveur des personnes : est-ce à dire que je ne pourrai pas vous concéder pour vous et vos héritiers, ou pour votre vie à vous, ou seulement pour dix ou vingt années, le droit de chasser sur ma ferme? Évidemment, telle n'est pas l'idée de la loi; cette convention serait parfaitement valable, quoiqu'elle crée une charge sur un fonds au profit d'une personne : c'est ainsi que les droits d'usage, d'habitation, d'usufruit, d'emphytéose, sont parfaitement licites, quoiqu'ils soient des charges imposées à un fonds en faveur d'une personne. Maintenant, la loi ne veut pas de charges imposées à la personne au profit d'un fonds : serait-ce à dire que je ne pourrai pas convenir avec vous que, pendant dix, quinze ou vingt années, vous viendrez chaque année curer mon étang, mes fossés, réparer mes bâtiments? Le bon sens dit assez que ce n'est pas là ce que la loi a entendu prohiber. Mais quelles sont donc ces charges qu'on ne peut imposer ni à la personne, ni en faveur de la personne? Que signifie cette phrase (répétée partout, mais que nous n'avons vue nulle part expliquée d'une manière satisfaisante), que *le Code proscrit les servitudes personnelles?...* En voici l'explication.

II. — 646. On sait que le Code ne donne le nom de *servitudes* qu'aux servitudes prédiales, aux services fonciers, aux charges existant entre deux immeubles, aux *servitudes réelles* enfin ; l'usufruit, l'usage, l'emphytéose, ne portent pas chez lui le nom de servitudes : ainsi, dans le langage du Code, *servitude* signifie toujours *servitude réelle*. Donc, quand on dit que le Code prohibe les *servitudes* PERSONNELLES, ceci signifie qu'il prohibe les *servitudes réelles* PERSONNELLES, les servitudes *réelles* entachées de *personnalité*, c'est-à-dire ces phénomènes inventés par la féodalité qui, sous la forme juridique de servitudes réelles et avec les attributions attachées à ces servitudes réelles, n'étaient au fond que des services imposés sur les fonds *pour la personne*, ou pour les fonds *sur les personnes*, ou tout à la fois *sur les personnes* et *pour les personnes*.

Ainsi, par exemple, si nous convenions que le fonds A (c'est-à-dire chaque propriétaire successif de ce fonds A) aura le droit de chasse sur le fonds B, ou que le fonds A aura la dîme sur le fonds B, ou que le fonds B sera tenu du curage annuel de l'étang et des fossés du fonds A, ou que le fonds B fera moudre tout son blé au moulin du fonds A, ou que le fonds B sera obligé de battre la mare pour faire taire les grenouilles quand le fonds A aura quelque habitant malade, etc., toutes ces conventions seraient nulles aujourd'hui comme *servitudes* PERSONNELLES, comme services *fonciers* en la forme et PERSONNELS au fond.

En effet, quand on donne au fonds A le droit de chasser sur le fonds B, il y a là, quant à la forme, une servitude comme la loi l'entend, une servitude réelle, une obligation d'immeuble à immeuble, un service foncier, puisque le droit est établi entre un fonds et un fonds ; mais sous cette forme mensongère, le droit qui, à la vérité, est établi sur un fonds, ne l'est pas au profit de l'autre fonds, mais bien au profit d'une personne. Car le fonds A ne recueille aucune utilité, aucun agrément du droit de chasse dont jouit son propriétaire : ce droit de chasse du propriétaire sur une ou plusieurs terres voisines ne procure au fonds dominant ni une exploitation plus facile, ni une habitation plus commode, ni un aspect plus agréable ; le profit ou l'agrément que le droit peut amener ne s'attachent pas à l'immeuble, ils sont rigoureusement personnels au propriétaire : c'est donc un droit sur un immeuble au profit d'une personne, par conséquent un service personnel, que, par mensonge et pour lui donner une nature plus énergique, on revêt de l'habit des servitudes réelles. Quand, au contraire, la servitude a pour objet d'obliger le voisin à me laisser passer sur son fonds, ou bien seulement à ne pas planter dans telle partie de son terrain, pour ne pas cacher le point de vue dont jouit mon salon, il y a véritable servitude foncière : c'est à ma maison elle-même que s'attache le profit de la servitude ; c'est cette maison elle-même qui devient plus commode par l'effet du passage, et plus agréable par l'effet du point de vue.

Ainsi, dans le cas de droit de chasse, la charge existe sur un fonds, mais au profit d'une personne ; dans l'obligation de curer l'étang et les

fossés, la charge est au profit d'un fonds, mais elle est établie sur la personne; dans le cas de l'obligation de battre la mare, la charge est tout à la fois et sur une personne et au profit d'une personne ; dans aucun de ces cas la charge n'est établie *pour un fonds* et *sur un fonds;* dans tous il y a mensonge.

Or, c'est ce mensonge que la loi proscrit; elle n'accepte comme services fonciers que ceux qui le sont vraiment, au fond comme dans la forme; que ceux qui, présentés comme une relation d'un fonds à un autre fonds, sont bien véritablement imposés à l'un et pour l'avantage de l'autre : toute obligation décorée du nom et de la forme d'un service foncier, mais qui ne l'est pas réellement, est nulle aux yeux du Code. Sans doute, la loi ne vous défend pas de passer des conventions pour vous faire concéder un droit de chasse, ou même le droit de dîmer sur une propriété, pour faire curer vos fossés, pour vous procurer du blé à moudre, et même pour faire battre votre mare quand vous êtes malade; mais elle ne vous permet pas d'attacher arbitrairement à ces conventions le caractère et les effets énergiques des servitudes foncières : la loi vous permet de faire toutes les conventions qui ne sont pas contraires à l'ordre public (art. 1134); mais elle vous defend de sortir de la vérité des choses; elle vous empêche de transformer à votre caprice en prétendues servitudes prédiales de simples servitudes personnelles, ou même de pures obligations ne présentant aucun caractère réel. Ainsi, que l'on consente tant qu'on le voudra, au profit des personnes, soit des droits réels comme l'usufruit, une emphytéose, un droit de chasse, etc., soit de simples créances personnelles; mais qu'on les garde pour ce qu'ils sont, avec les conséquences que la loi leur donne, et qu'on ne vienne pas les organiser comme des droits réels *ab utráque parte,* comme des relations légales d'immeuble à immeuble.

647. En définitive, pour savoir si le droit que l'on présente comme constituant une servitude foncière mérite ou non cette qualité; s'il doit être maintenu comme tel ou déclaré nul comme entaché de personnalité, il faut examiner non pas seulement 1° s'il est établi entre deux immeubles, mais aussi 2° s'il l'est vraiment à la charge d'un des fonds et au profit de l'autre (1).

687. — Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre.

Celles de la première espèce s'appellent *urbaines,* soit que les bâtiments auxquels elles sont dues, soient situés à la ville ou à la campagne.

Celles de la seconde espèce se nomment *rurales.*

648. Cette distinction des servitudes en urbaines et rurales, distinction prise dans la théorie romaine, n'a chez nous aucune utilité et est indiquée d'ailleurs d'une manière inexacte.

---

(1) *Voy.* Cass., 4 janv. 1860 (Dev., 60, I, 743; Dall., 60, I, 14).

A Rome, il était important de distinguer les servitudes urbaines des servitudes rurales; car ces dernières s'acquéraient dans l'Italie par la *mancipatio,* tandis que les autres ne s'acquéraient pas par ce moyen. Chez nous, les servitudes urbaines s'acquièrent de la même manière que les servitudes rurales; et comme il n'existe non plus entre elles aucune autre différence, le législateur aurait fort bien pu se dispenser de rappeler cette division désormais sans objet. Il eût fait d'autant mieux de supprimer cet article, qu'il présente mal la division dont il s'agit. Ce n'est pas, comme il le dit, par la nature du fonds dominant, du fonds auquel la servitude est due, que se connaît la nature de la servitude; c'est par la nature de celui des fonds par lequel cette servitude subsiste et s'exerce, qu'il soit dominant ou servant, peu importe. Ainsi d'abord, toute construction, *superficies,* est héritage urbain; le sol est héritage rural. Or, toutes les fois que la servitude subsiste et s'exerce par le sol, elle est rurale; quand elle s'exerce et subsiste par un bâtiment, elle est urbaine : ainsi, le passage qui s'exerce à travers votre cour pour arriver à ma maison est une servitude rurale, quoiqu'elle soit établie pour l'usage d'un bâtiment, d'un héritage urbain; que si, dans une localité où l'eau serait rare et où l'on attacherait un grand prix aux eaux que donnent les gouttières, vous m'aviez concédé l'eau de votre toit pour l'irrigation de mon jardin, la servitude, ne subsistant qu'au moyen du bâtiment, serait urbaine, quoiqu'elle fût due au sol, à un héritage rural. La règle de notre article est donc complétement fausse.

649. Une autre division des servitudes, laquelle n'a guère plus d'utilité que la précédente, mais qu'il est bon d'indiquer, ne fût-ce que pour la lecture des auteurs, les classe en *affirmatives* et *négatives*. Les premières sont celles qui autorisent le propriétaire du fonds dominant à faire certains actes sur le fonds servant : par exemple, à passer, à puiser de l'eau; les secondes sont celles dont le seul effet est d'interdire certains actes au propriétaire du fonds servant : par exemple, d'exhausser sa maison, de planter dans telle partie de sa propriété.

650. Nous allons voir maintenant dans les deux articles suivants deux autres divisions des services fonciers, lesquelles ont une grande importance, qui nous sera révélée par les art. 690, 691, 692, 694 et 707.

688. — Les servitudes ou sont continues, ou discontinues.

Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce.

Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées : tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables.

689. — Les servitudes sont apparentes, ou non apparentes.

Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.

Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée.

651. Ces deux articles sont rédigés avec une exactitude et une clarté qui ne laissent place à aucune observation; on y voit, et par l'économie des règles et par les exemples, que la continuité de la servitude consiste dans la simple *possibilité* d'être exercée sans le fait actuel de l'homme, et son apparence, dans l'existence de quelque signe qui l'annonce extérieurement (1).

SECTION II.

COMMENT S'ÉTABLISSENT LES SERVITUDES.

690. — Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre, ou par la possession de trente ans.

691. — Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres.

La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir; sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

SOMMAIRE.

I. Le Code rejette l'ancienne prescription des servitudes discontinues ou non apparentes, mais sans donner à sa disposition aucun effet rétroactif.

II. L'usucapion de dix ou vingt ans ne s'applique pas aux servitudes. Erreur de Delvincourt et de M. Duranton.

I. — 652. Dans plusieurs de nos anciennes coutumes, les servitudes discontinues et non apparentes, telles que le droit de passage, pouvaient cependant s'acquérir par prescription : il fallait pour cela, ici une possession de trente ans, là une possession de cent ans; ailleurs, une possession immémoriale. Le Code a rejeté ce système. Considérant que, d'après l'art. 2229, la possession doit, pour produire l'usucapion, présenter un caractère de continuité dont la servitude discontinue n'est guère susceptible, et un caractère de publicité qui serait souvent équivoque pour les servitudes non apparentes, il déclare positivement que les servitudes continues et apparentes tout ensemble pourront seules s'acquérir désormais par prescription (2).

---

(1) Cass., 18 avr. 1853, 5 déc. 1855, 24 janv. 1860, 17 déc. 1861, 1er juin 1864, 19 juill. 1864 (Dev., 56, I, 214; 60, I, 317; 63, I, 83; 64, I, 361; 64, I, 312; Dall., 56, I, 22; 60, I, 78; 62, I, 184; 64, I, 341; 64, I, 339).

(2) Jugé que l'existence des servitudes non apparentes ou discontinues peut être établie par témoins lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. Cass., 16 déc. 1863 (Dev., 64, I, 125; Dall., 64, I, 215). *Conf.* Demolombe (*Serv.*, II, nº 730); Massé et Vergé (II, § 334, note 3); Aubry et Rau (II, § 250, p. 548). — Les chemins ou sentiers d'exploitation sont réputés avoir été établis par convention entre les pro-

Toutefois, le législateur, voulant ne donner à sa règle aucun effe rétroactif, et respecter tous les droits acquis, maintient les servitudes discontinues ou non apparentes déjà établies par prescription lors de la promulgation de ce titre (10 février 1804). Bien entendu, ce serait à ceux qui invoqueraient aujourd'hui de pareilles servitudes à prouver qu'à l'époque de cette promulgation, la possession trentenaire, ou centenaire, ou immémoriale de la servitude existait déjà. Ainsi, il ne suffirait pas aujourd'hui, après plus de quarante ans depuis cette promulgation, de prouver que la possession est immémoriale, c'est-à-dire qu'elle remonte au delà des souvenirs de témoins très-âgés; car ces témoins, de soixante-quinze ou quatre-vingts ans, par exemple, pourraient bien ne reporter leurs souvenirs qu'à soixante ou soixante-cinq années, ce qui ne donnerait pas même une possession trentenaire antérieure au Code : il faudrait que la durée de trente ou cent années, ou l'immémorialité, antérieures au Code, fussent positivement établies. Cette preuve se conçoit facilement encore aujourd'hui pour la possession trentenaire. Quant aux possessions immémoriales ou de cent ans, c'était à ceux qui n'en avaient pas une preuve stable dans quelque acte à s'en procurer une immédiatement après la promulgation du Code, en assignant de suite le propriétaire du fonds servant en reconnaissance de la servitude.

II. — 653. Quant aux servitudes continues et apparentes, elles s'établissent bien par prescription. Mais ce n'est pas cependant d'après les règles générales indiquées aux derniers articles du Code pour la prescription des immeubles : ce n'est pas par une possession tantôt de trente années, tantôt de dix ou vingt années seulement, c'est uniquement par la possession de trente ans. En effet, l'art. 690 ne dit pas qu'elles s'établiront par titre *ou par prescription,* mais bien par titre *ou par la possession de trente ans;* en sorte qu'on voit s'appliquer ici la disposition de l'art. 2264, qui déclare que « les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le dernier titre du Code sont expliquées dans les titres qui leur sont propres. » Ainsi, celui qui par titres se serait fait constituer une servitude par une personne qu'il croyait être, mais qui n'était pas propriétaire du fonds sur lequel on l'établissait, et qui l'aurait ensuite exercée pendant dix ou vingt années, n'aurait pas acquis cette servitude, malgré son titre et sa bonne foi.

Et qu'on ne s'étonne pas de cette idée, étrange au premier coup d'œil, que la loi, au moyen d'une possession de dix ou vingt ans, ne vous donne pas une simple servitude sur ma ferme, tandis qu'elle vous donnerait l'usufruit de cette ferme ou la ferme elle-même; ce résultat de la loi est parfaitement logique. En effet, quand je suis fort éloigné de ma ferme et que je n'y viens qu'à de longs intervalles, il ne peut cepen-

---

priétaires auxquels le passage est nécessaire; par suite, l'existence d'un chemin d'exploitation est susceptible d'être établie par la prescription au profit des propriétaires riverains. Cass., 12 déc. 1853; Poitiers, 15 mai 1856 (Dev., 55, I, 742; 56, II, 517; Dall., 54, I, 346; 56, V, 426).

dant pas arriver qu'un tiers la possède pendant vingt ans à titre de propriétaire ou d'usufruitier sans que je m'en aperçoive; il se pourrait fort bien, au contraire, que ce tiers exerçât une servitude pendant ce même temps sans que j'en aie le moindre soupçon. La loi avait donc un juste motif de n'appliquer aux servitudes que le plus long délai de l'usucapion. C'est ce que fait notre art. 690, qui exige *la possession de trente ans* pour l'acquisition des servitudes, comme l'art. 706 exige cette même possession *de trente ans* pour leur extinction. On peut s'étonner qu'en présence d'une règle si formelle, Delvincourt et M. Duranton (V, 593) professent une doctrine contraire.

M. Duranton fait de longs raisonnements pour renverser ce qu'il appelle les *objections* adressées à sa doctrine; mais, parmi ces prétendues objections, il a oublié la principale, c'est-à-dire le texte positif de l'article 690, qui exige, pour l'acquisition de la servitude, ou un titre, ou *une possession* DE TRENTE ANS. Il fait dire à cet article « par titre ou *par prescription* », ce qui lui permet d'ajouter victorieusement que, si la loi ne consacre pas la distinction entre la prescription trentenaire et la prescription de dix ou vingt ans, elle ne l'exclut pas non plus... Mais, au contraire, la loi, au lieu de dire *par prescription,* dit positivement par la possession *de trente ans*, comme elle dit dans l'art. 796 par le non-usage *pendant trente ans* (1).

692. — La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes.

693. — Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude.

SOMMAIRE.

I. Ce qu'on entend par destination du père de famille.
II. Elle peut se prouver par témoins. Erreur de Delvincourt et de M. Pardessus.
III. Elle s'applique aussi pour les deux parties d'un même immeuble. Renvoi pour une doctrine inexacte de M. Troplong.

I. — 654. Ces deux articles, non plus que le suivant, ne peuvent donner lieu à aucune difficulté réelle, et l'on a peine à comprendre

---

(1) *Conf.* Toullier (III, 630); Favard (v° Serv., sect. 3); Demolombe (*Serv.*, II, n° 781); Massé et Vergé (II, § 336, note 7, p. 200); Paris, 25 août 1834; Cass. (d'un arrêt de Dijon), 10 déc. 1834; Orléans, 30 déc. 1835; Caen, 13 avr. 1836; Aix, 3 oct. 1836; Rej., 20 déc. 1836; Lyon, 2 fév. 1837; Limoges, 14 fév. 1837; Limoges, 20 fév. 1837; Rej., 28 mars 1837; Rej., 16 avr. 1838; Bordeaux, 29 mai 1838; Dijon, 8 mars 1844; Rej., 18 nov. 1845; Cass. (d'un arrêt de Nancy), 31 déc. 1845; Metz, 2 juill. 1846 (Dev., 1837, I, 506; 1838, I, 756, et II, 342; 1846, I, 74; *J. Pal.*, 1846, I, 40, et II, 512); Agen, 23 nov. 1857 (Dev., 57, II, 769; Dall., 58, II, 27).

Comment s'expliquer, ici encore, que la nouvelle édition de M. Duranton, AUGMENTÉE *de l'analyse de la jurisprudence* NOUVELLE, ne fasse pas seulement allusion à un de ces arrêts, tous si nettement contraires à la doctrine du savant professeur, et tous postérieurs à 1830?

que les auteurs aient imaginé divers systèmes pour les expliquer, comme on va le voir sous l'article suivant.

Il s'agit ici d'un propriétaire qui établit lui-même entre deux immeubles qui lui appartiennent un rapport qui constituerait une servitude si les deux immeubles appartenaient à deux propriétaires différents ; et la loi déclare que si ces deux immeubles viennent à se diviser entre deux propriétaires pour une cause quelconque, le rapport antérieurement établi par le propriétaire unique se changera en véritable servitude, pourvu qu'on rencontre les circonstances voulues pour avoir une servitude continue et apparente. Ainsi, Pierre, propriétaire de deux jardins contigus, construit dans l'un, à quatre pieds seulement de l'autre, une maison ayant des fenêtres d'aspect sur celui-ci ; en cet état, il n'y a pas servitude d'un fonds à l'autre, puisque les deux fonds appartiennent à une même personne et que *res sua nemini servit*. Mais si Pierre aliène l'un des immeubles en gardant l'autre, ou qu'il les aliène tous deux au profit de deux individus distincts, ou si, par sa mort, ils passent à deux héritiers ou à deux légataires ; en un mot, s'ils viennent à appartenir séparément, par une cause quelconque, à deux propriétaires, il y aura servitude par suite de l'arrangement primitivement donné aux choses par la destination du *pater familias,* c'est-à-dire du propriétaire de ces choses.

II. — 655. Bien entendu, c'est à celui des propriétaires qui prétend l'existence de la servitude, de prouver que les choses ont été mises dans l'état dont il argumente par cet ancien propriétaire unique des deux immeubles. Ce fait complexe, 1° que les deux biens ont appartenu à la même personne, et 2° qu'ils ont été mis par cette personne dans l'état où ils sont, pourra évidemment se prouver par témoins, sans aucun besoin d'acte écrit. L'idée contraire de Delvincourt et de M. Pardessus (n° 291), qui veulent que la première de ces deux circonstances ne puisse se prouver que par titre, est une erreur provenant d'une confusion évidente.

En effet, il ne s'agit pas alors de prouver *en droit* que l'auteur de l'arrangement était bien le vrai propriétaire des deux immeubles, mais tout simplement d'établir *en fait* qu'ils étaient tous deux réunis dans sa main à telle époque. Aussi notre doctrine est-elle admise généralement (1).

III. — 656. Au reste, quoique nous n'ayons parlé que de deux immeubles distincts appartenant au même maître, il est clair que le résultat serait semblable, et qu'il y aurait également création de servitude par destination du père de famille, si l'état de choses dont il s'agit était établi entre les deux parties d'un seul immeuble qui viendrait ensuite à être divisé. Il n'y a, ni en fait, ni en droit, aucune différence entre les deux cas (2).

---

(1) *Voy.* notamment Toullier (III, 610) ; Duranton (V, 574) ; Zachariæ (II, p. 80) ; Dubreuil (*Cout. de Provence*, p. 69); Paris, 30 janv. 1810.

(2) Cass., 13 juin 1814 ; Toulouse, 21 juill. 1836; Rej., 26 avr. 1837 ; Angers,

Nous avons vu, sous l'art. 642 (n° IV), que, contrairement à la doctrine de M. Troplong, la destination du père de famille peut très-bien avoir pour effet de créer, au profit de l'héritage inférieur, une servitude *aquæ ductus,* permettant à cet héritage d'exiger du fonds supérieur la transmission de l'eau pluviale que celui-ci reçoit de la voie publique, et que c'est seulement en tant qu'elle coule sur la voie publique, et nullement quand elle est entrée sur des propriétés privées, que l'usage de cette eau est imprescriptible. Nous avons rapporté à ce sujet un arrêt de la Cour de cassation, du 21 juillet 1845, consacrant nettement ces principes.

694. — Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné.

SOMMAIRE.

I. Rapport de cet article avec les précédents. Interprétations erronées de Merlin et autres; — de Delaporte; — de Maleville, Toullier, Delvincourt et Favard.
II. Autre système inexact de MM. Pardessus, Duranton et Solon, adopté par la chambre des requêtes.
III. Véritable sens de l'article. Rapport de M. Troplong. Arrêt de Lyon. — Observations.
IV. Résumé des règles des trois articles.

I. — 657. C'est le rapport de cet article avec les deux articles précédents qui a jeté la plupart des auteurs dans les divers systèmes, plus ou moins inexacts, dont nous avons parlé sous l'art. 693. Ce rapport, cependant, eût été facilement compris et le sens des articles facilement aperçu, si l'on avait étudié sur ce point les travaux préparatoires du Code. On eût vu là que les deux articles précédents s'occupent de la destination du père de famille, c'est-à-dire du cas où l'état de choses qui produit la servitude a été créé par celui-là même qui avait les deux immeubles dans sa main; et que notre article, au contraire, prévoit le cas où la servitude existait avant la réunion des deux immeubles dans la même main.

Merlin (*Rép.*, v° Servit., § 19), Delaporte (sur l'art. 694), Maleville (*ibid.*), Delvincourt (I, notes), Toullier (III, 613), Favard (*Rép.*, v° Servit., sect. 3, § 4), admettent tous (à tort) que notre article se réfère, comme les deux précédents, à la destination du père de famille. Mais alors comment le dernier se contente-t-il de la circonstance que la servitude est apparente, sans exiger le caractère de continuité? C'est ici que l'embarras de ces auteurs se manifeste, et qu'on voit apparaître trois systèmes, auxquels d'autres auteurs en ajoutent un quatrième que nous indiquerons plus bas.

---

7 juin 1838; Rej., 24 fév. 1840 (Dev., 37, I, 916; 40, I, 97); Cass., 17 nov. 1847; 7 avr. 1863 (Dev., 48, I, 30; 63, I, 369).

Merlin semble supposer, et des jurisconsultes qui n'ont pas écrit sur la question soutiennent explicitement que les art. 692, 693 d'une part, et 694 de l'autre, quoique s'appliquant tous à la destination du père de famille, prévoient deux cas différents. D'après ce premier système, il ne s'agirait, dans les art. 692 et 693, que d'immeubles se trouvant séparés *par l'effet d'un partage* opéré entre les successeurs de l'auteur commun, et c'est alors que la destination du père de famille ne serait efficace que pour les servitudes continues et apparentes. Dans l'art. 694, au contraire, il s'agirait d'immeubles qui se trouvent séparés par l'*aliénation* que le propriétaire fait de l'un d'eux, en se réservant l'autre; et alors il suffirait que la servitude fût apparente pour que la destination du père de famille la constituât. — Mais ce système est inadmissible, puisque l'art. 692 déclare nettement que la destination du père de famille *ne vaut titre* que pour les servitudes *continues* et apparentes, tandis qu'on arriverait ici à la rendre quelquefois efficace pour la création de servitudes discontinues.

Le système de M. Delaporte est plus simple et plus commode, mais aussi plus arbitraire encore. Il consiste à effacer l'art. 692 pour s'en tenir uniquement à l'art. 694, et à dire qu'il suffit, dans tous les cas, que la servitude soit apparente, sans avoir jamais besoin d'être continue. Une pareille doctrine n'est pas soutenable. Il est clair que si le législateur avait entendu proscrire, en écrivant l'art. 694, le caractère de continuité, il n'aurait pas écrit au même moment l'art. 692, qui l'exige si énergiquement.

Maleville, Toullier, Delvincourt et Favard, à la différence de Merlin et Delaporte, respectent l'art. 692; ils reconnaissent qu'il ne peut jamais y avoir destination du père de famille que pour des servitudes continues et apparentes; mais ensuite, prenant l'art. 694 comme une simple application et un développement des deux précédents, ils y suppléent le caractère de continuité dont il ne parle pas, et ajoutent ainsi à cet art. 694 ce que le système de M. Delaporte retranche de l'article 692.

Ainsi, les uns ne respectent l'art. 694 qu'en violant l'art. 692, et les autres ne suivent l'art. 692 qu'en rejetant l'art. 694. C'est qu'en effet, tous partent d'une idée fausse en admettant que ce dernier article s'occupe de la destination du père de famille, tandis qu'il y est complétement étranger.

II. — 658. M. Pardessus (n°s 288 *in fine*, et 390), M. Duranton (V, n°s 569 - 573) et M. Solon (*Servit.*, n° 389) rejettent ces trois systèmes pour en suivre un quatrième, qui est beaucoup plus près de la vérité, mais qui s'en écarte encore. Ce système, qui est adopté par plusieurs arrêts (1), consiste à dire que la disposition faite, de l'un des fonds entre lesquels existe un signe apparent de servitude, par le propriétaire

(1) Notamment les deux arrêts de rejet de 1837 et 1840 cités plus haut. *Voy.* aussi Cass., 17 nov. 1847, 30 nov. 1853, 7 avr. 1863 (Dev., 47, I, 30; 54, I, 679; 63, I, 369; Dall., 47, I, 377; 54, I, 17; 63, I, 413). *Conf.* Demolombe (*Serv.*, II, n° 821).

commun de ces fonds, établit la servitude pour ou contre le fonds aliéné, par cela seul que l'acte d'aliénation ne dit rien de contraire, sans qu'il y ait besoin de rechercher par qui les choses ont été mises dans l'état duquel la servitude résulte. Dans ce système, on proclame que notre art. 694 est étranger à la destination du père de famille (et ce premier point est exact); mais on voit dans le fait d'aliéner, d'une part, et d'acquérir, de l'autre, sans aucune observation à ce sujet, un immeuble qui se trouve lié par un signe apparent de servitude avec un autre immeuble restant aux mains de l'aliénateur, on voit là *une cause d'établissement des servitudes*, et c'est en cela que le système s'écarte de la loi.

D'après cette doctrine, il y aurait quatre causes d'établissement des servitudes : 1° le titre, pour toutes servitudes (art. 691); 2° la prescription, pour les servitudes apparentes et continues (art. 690); 3° la destination du père de famille, pour les mêmes (art. 692 et 693); 4° enfin, la volonté tacite et présumée des parties, pour les servitudes apparentes, continues ou discontinues (art. 694).

C'est cette dernière idée qui se trouve contraire à la volonté légale. La loi, dans notre art. 694, n'organise point l'*établissement* d'une servitude, mais seulement la *continuation*, après la nouvelle séparation des deux héritages, d'une servitude qui existait déjà et avait été établie *par titre* avant que celui qui aliène le bien l'eût acquis. Aussi l'article nous dit-il, non pas que l'aliénation ainsi faite *vaudra titre*, comme la destination du père de famille vaut titre; non pas que par cette aliénation la servitude se trouvera *établie, créée*, mais bien qu'*elle continuera d'exister*.

Ce dernier système doit donc être écarté comme les trois autres.

III. — 659. La véritable théorie de la loi, dans nos trois art. 692-694, se manifeste et par les termes mêmes des articles, et par l'explication catégorique donnée devant le Tribunat lors de leur confection.

Les art. 692 et 693 parlent de la destination du père de famille, c'est-à-dire, comme les mots mêmes l'indiquent, du cas où les fonds ont été mis dans l'état qu'ils présentent par leur propriétaire unique; la loi s'en explique clairement : *il n'y a destination du père de famille*, dit l'art. 693, *que* quand c'est *par lui* que les choses ont été mises dans cet état, et non pas quand la servitude existait avant qu'il fût propriétaire des deux immeubles. Dans ce cas et quand c'est par lui que l'arrangement a été fait, il y aura servitude si l'on rencontre les conditions d'apparence et de continuité, et alors seulement; l'art. 692 est formel.

De ce premier cas, la loi passe à un second que la suite des idées amenait tout naturellement, celui où le rapport qu'on remarque entre les deux immeubles était antérieur à leur réunion dans la même main. La loi vient de parler du cas où le propriétaire a lui-même établi le rapport entre ses deux immeubles; elle parle ensuite du cas où il l'a trouvé établi au moment où il a acquis le second immeuble. C'est l'enchaînement tout naturel de ces deux idées qui a conduit le législateur

à écrire ici, au milieu des règles relatives à l'établissement des servitudes, la disposition de notre art. 694, laquelle serait beaucoup mieux placée parmi les règles relatives à l'extinction, dans l'art. 705.

Ainsi, j'achète un immeuble qui devait au mien une servitude de passage, que moi ou mes auteurs avions dès longtemps stipulée. Deux ans après, je vous vends mon ancien immeuble en conservant celui que je viens d'acheter, et nous ne nous expliquons pas sur cette servitude de passage. L'aurez-vous? Répondre non, ce serait bien rigoureux, car, dans notre silence, vous avez pu compter dessus; mais répondre oui, c'eût été violer l'art. 705, qui déclare que toute servitude s'éteint quand le fonds qui la doit et celui à qui elle est due se réunissent dans la même main. Le Code a voulu trancher la difficulté par un article exprès; et cet article, c'est le nôtre. La loi répond par une distinction : la servitude continuera, si elle s'annonce par un signe apparent; dans le cas contraire, elle demeurera éteinte. L'existence du signe apparent donne lieu de penser que la volonté commune des contractants a été de maintenir l'ancien état des choses. Il va sans dire qu'il en serait de même, réciproquement, à mon profit, si je vous vendais mon nouvel immeuble en conservant l'ancien.

Tout ceci devient évident quand on lit les détails donnés sur nos articles par le tribun Albisson, qui semble avoir voulu rendre sans excuse les systèmes que devaient inventer plus tard les auteurs.

Après avoir analysé la manière dont le Code résout la difficulté qui existait autrefois sur le cas de destination du père de famille, il ajoute : « *Autre question* sur laquelle il était important de fixer la législation. Le propriétaire de deux héritages, dont l'un, *avant leur réunion dans sa main,* devait un service à l'autre, vient à disposer de l'un ou de l'autre, sans qu'il soit fait aucune mention de la servitude dans l'acte d'aliénation : la servitude active ou passive continue-t-elle d'exister? On opposait que toute servitude étant éteinte lorsque le fonds auquel elle est due et celui qui la doit sont réunis dans la même main, il était indispensable, pour la conservation de la servitude, qu'elle eût été réservée expressément dans l'acte. Mais on ne prévoyait pas le cas où, la chose parlant d'elle-même, la réservation ne devenait plus nécessaire, et c'est ce cas que le projet prévoit très-sagement. » (Fenet, II, p. 327, et 328.)

660. Cette doctrine, qui est également celle de M. Zachariæ (II, p. 87), est adoptée aussi par M. Troplong dans le rapport qu'il a fait lors de l'arrêt précité du 24 février 1840, et elle est nettement consacrée par un arrêt de la Cour de Lyon du 11 juin 1831 (1).

Malheureusement le rapport de M. Troplong (qui laissait à désirer plus de netteté, et surtout l'indication si décisive des travaux préparatoires) se terminait par une conclusion très-hésitante, et qui n'était guère de nature à faire revenir la chambre des requêtes de son erreur. Quant à l'arrêt de Lyon, quoique antérieur de près de neuf années à

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Destination du père de famille, n°s 28 et suiv.).

ce rapport du savant magistrat, quoique rendu à une époque où nul auteur n'avait encore indiqué le véritable sens de l'art. 694, il décide la question avec une précision et une netteté qui font honneur aux magistrats dont il émane. « Considérant, dit-il, que l'art. 694 n'a pas pour objet *d'établir un nouveau mode d'instituer les servitudes,* ni d'étendre *aux servitudes non continues la puissance de la destination du père de famille ;* que cet article a eu seulement pour but de prévoir le cas où le propriétaire de deux héritages, dont l'un *avant leur réunion dans sa main* devait un service à l'autre, vient à disposer de l'un ou de l'autre sans qu'il soit fait mention de la servitude dans l'acte d'aliénation ; que cette interprétation résulte formellement du *rapport fait au Tribunat le* 28 *janvier* 1804 ; considérant que *toute autre interprétation* tendrait à introduire un mode d'établissement de servitude *contraire aux principes fondamentaux...* »

L'existence antérieure de cet arrêt ne rend-elle pas plus étonnants encore, et plus regrettables, les deux arrêts de la chambre des requêtes de 1837 et 1840? (1)

IV. — 661. Les dispositions de nos trois articles se résument donc en ces deux idées : 1° quand c'est le propriétaire de deux immeubles qui les a mis lui-même dans l'état où ils sont, il y a destination du père de famille, et quand les deux immeubles viennent à appartenir à divers propriétaires, tout rapport de nature à constituer une servitude continue et apparente devient une véritable servitude; 2° quand le propriétaire d'un immeuble qui doit ou auquel il est dû une servitude acquiert l'autre immeuble, puis aliène plus tard l'un des deux, la servitude qui existait avant la réunion des deux immeubles dans sa main continue de subsister si elle est apparente.

Ainsi, quand le propriétaire de deux immeubles entre lesquels il existe un signe apparent de servitude en aliène un à votre profit, et que l'on veut savoir s'il existera une servitude après l'aliénation, il faut distinguer :

1° Si l'état des choses est de nature à présenter une servitude continue et apparente, la servitude existera toujours : elle existera par cela seul qu'elle est apparente, et en vertu de l'art. 694, si elle existait déjà avant la réunion des deux immeubles dans la main de ce propriétaire; que si elle n'existait pas avant cette réunion, et que ce soit le propriétaire lui-même qui ait créé l'état de choses, elle existera encore par

(1) Si, lors de ce dernier arrêt, M. Troplong, qui indiquait la véritable doctrine, l'avait présentée avec plus de force; s'il avait fait valoir tous les éléments de décision; si, obéissant complétement à sa conviction, il avait franchement conclu à l'abandon de l'arrêt de 1837, peut-être la chambre des requêtes eût-elle jugé autrement, peut-être eût-elle pensé que la question méritait au moins d'être admise à un débat contradictoire devant la chambre civile. — On sait, en effet, que cette chambre n'a pas à examiner si la décision attaquée a violé la loi et doit être cassée, mais seulement si ce point est assez douteux pour être mis en discussion entre les deux parties devant la chambre civile. Quand on se pénètre de cette mission de la chambre des requêtes, il n'est pas facile de s'expliquer des arrêts comme ceux de 1837 et 1840. — Voir, au surplus, nos observations sur le vice d'institution de cette chambre et la nécessité de sa suppression, dans la *Revue critique* (t. I, p. 458-460).

destination du père de famille d'après les art. 692 et 693, puisqu'elle est continue et apparente.

2° Si la servitude n'est qu'apparente, elle existera tantôt, et tantôt n'existera pas : elle existera en vertu de l'art. 695, si elle existait déjà avant la réunion des immeubles; mais elle n'existera pas si c'est le propriétaire qui a établi lui-même l'état des choses. Alors, en effet, il n'y a pas lieu à *continuation* de servitude, puisqu'il n'y a jamais eu servitude antérieurement; il n'y a pas non plus création de servitude par destination du père de famille, puisqu'on ne trouve pas réunis les deux caractères d'apparence et de continuité.

695. — Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récognitif de la servitude, et émané du propriétaire du fonds asservi.

662. Lorsque l'écrit qui constatait l'établissement d'une servitude se trouve perdu, et qu'il s'agit d'une servitude de nature à ne pas s'établir par prescription, il est clair que cette preuve unique de la servitude ne peut résulter que d'un nouvel écrit destiné à remplacer le premier, en constatant et *reconnaissant* l'existence de cet écrit primitif, et qu'on appelle pour cela titre ou acte *récognitif*. Il est évident aussi que cet acte récognitif ne peut émaner que du propriétaire actuel du fonds asservi. — Que si la servitude établie d'abord par convention ou testament, mais dont l'acte instrumentaire, l'écrit, se trouve perdu, était de nature à s'acquérir par prescription; si, en d'autres termes, c'était une servitude continue et apparente, l'acte récognitif ne serait pas toujours nécessaire; il suffirait de justifier d'une possession de trente ans.

L'acte récognitif nécessaire, en cas de perte de l'acte primitif, pour les servitudes discontinues ou non apparentes, et aussi pour les servitudes continues et apparentes quand on ne peut prouver une possession de trente ans, doit-il nécessairement relater la teneur du titre primitif pour faire preuve à la place de celui-ci et dispenser de le rapporter? Non, évidemment; la loi ne l'exigeant pas ici en matière de droits réels, comme elle le fait dans l'art. 1337 pour les obligations personnelles, ce serait se jeter dans l'arbitraire que de l'exiger. C'est ce qu'a jugé la Cour suprême par un arrêt du 16 novembre 1829 (1).

696. — Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user.

Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui, emporte nécessairement le droit de passage.

---

(1) *Conf.* Cass., 23 mai 1855 (Dev., 57, I, 123); Aubry et Rau (II, § 250, p. 548); Demolombe (*Serv.*, II, n° 757). *Voy.* aussi Pau, 7 mars 1864 (Dev., 64, II, 49).

663. Cet article, qui serait mieux placé dans la section suivante qu'ici, nous trace une règle que le bon sens seul eût devinée. Au reste, le point de savoir jusqu'où, dans chaque espèce particulière, devront s'étendre les droits du fonds dominant, sera presque toujours une question de fait à décider par les circonstances; dans le cas d'établissement par convention, on devra, comme toujours, rechercher la commune intention des parties : dans le cas, au contraire, d'établissement par usucapion, on ne devra jamais aller au delà de ce qui aura été possédé, conformément à cette maxime de droit et de raison : *tantum præscriptum, quantum possessum.*

SECTION III.

DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS AUQUEL LA SERVITUDE EST DUE.

697. — Celui auquel est due une servitude, a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver.

698. — Ces ouvrages sont à ses frais, et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire.

699. — Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

SOMMAIRE.

I. Quand les travaux à faire sont mis aux frais du propriétaire du fonds servant, ce n'est pas à la personne, mais au fonds, que l'obligation est imposée. Grave erreur de M. Zachariæ.

II. Le propriétaire peut s'affranchir de cette obligation en abandonnant la partie du fonds sur laquelle la servitude s'exerce. Erreur de Delvincourt et de M. Pardessus.

I. — 664. Il est tout naturel que le propriétaire du fonds dominant puisse faire, même sur le fonds servant, pour l'exercice de sa servitude, tous les travaux qui sont nécessaires au moment de l'établissement de la servitude ou qui le deviennent plus tard (1). Mais, bien entendu, il doit les faire lui-même et à ses frais, sans pouvoir les faire faire par le propriétaire du fonds servant, ni lui en réclamer le coût; car la servitude étant un droit qui vous est accordé sur la chose, et non pas une obligation existant contre la personne, celle-ci n'est pas tenue de faire, mais seulement de laisser faire. Cependant, ce que le droit de servitude n'entraîne pas par lui-même et de plein droit peut résulter d'une stipulation expresse : on peut convenir formellement que le fonds servant devra

(1) *Voy.* Cass., 18 avr. 1854, 7 déc. 1859, 21 mai 1860 (Dev., 54, I, 607; 60, I, 333; 60, I, 512; Dall., 54, I, 241; 60, I, 33 et 226).

lui-même se mettre et se maintenir dans l'état que demande l'exercice de la servitude.

Nous disons que le *fonds* devra se mettre et se maintenir dans l'état voulu; car c'est à l'immeuble lui-même (c'est-à-dire à tout possesseur de l'immeuble) qu'est alors imposée l'obligation, et non pas personnellement à celui qui consent la servitude. En effet, cette obligation de mettre et entretenir le fonds dans l'état nécessaire à l'exercice de la servitude, étant évidemment l'accessoire et comme une partie de cette servitude, doit se rapprocher de la nature de celle-ci et revêtir ses caractères autant que le permet la nature des choses. Or, si la nature des choses s'opposait à ce que cette obligation devînt, comme la servitude elle-même, un démembrement de la propriété, un *jus in re,* elle ne s'opposait pas le moins du monde à ce qu'elle fût imposée comme obligation au fonds lui-même, et constituât un *jus in rem,* un droit dont le fonds serait, non pas l'objet (c'est impossible), mais le sujet passif, absolument comme dans l'hypothèque (art. 526, n° II). C'est là ce que devait faire et ce qu'a fait le législateur; en sorte que tout se réduit à dire que c'est là une simple obligation et non un démembrement de propriété, mais une obligation imposée à la chose; et l'on n'a qu'à reproduire ici ces paroles appliquées à l'hypothèque par Neguzantius : *Per illam* OBLIGATUR *non persona, sed* RES; *et sequitur fundum, et datur contra possessorem*. C'est parce que l'obligation est alors imposée au fonds, et non à la personne, que celle-ci n'est pas absolument tenue de l'exécuter, et peut se dispenser de le faire en abandonnant au créancier le fonds débiteur (1).

664 *bis*. Cependant, cette vérité si claire, et qui jusqu'ici avait été admise sans conteste par tous les auteurs, est niée par M. Zachariæ. Il soutient (II, p. 81) que non-seulement cette obligation ne constitue pas une vraie charge réelle, un *jus in re* (ce qui est vrai), mais qu'elle n'est pas même une obligation *in rem scripta,* et que dès lors elle ne passe point, comme la servitude, à tous les possesseurs de l'héritage servant. « Cette obligation, dit-il, n'est pas *in rem scripta;* car elle ne consiste ni dans un service à rendre par la chose, ni dans un usage auquel cette chose serait affectée. »

Certes, erreur ne fut jamais plus profonde que celle-ci, et il n'y eut jamais d'argument plus insignifiant que celui par lequel on veut l'établir. Sans doute l'obligation ne consiste pas dans un service, un usage de la chose; mais il ne s'ensuit pas le moins du monde qu'elle ne soit pas *in rem :* l'obligation hypothécaire ne consiste pas non plus, et encore bien moins, dans un usage de la chose, puisqu'elle tend tout simplement à forcer cette chose de donner de l'argent, et cependant elle est *in rem...,* quelques-uns même vont jusqu'à en faire un *jus in re,* et précisément M. Zachariæ est de ce nombre!... — Cette obligation du fonds servant, obligation accessoire à la servitude, et par contre le

(1) *Conf.* Lyon, 24 fév. 1858 (Dev., 59, II, 495; Dall., 59, I, 157); Cass., 7 mars 1859 (Dev., 59, I, 904; Dall., 59, I, 157).

droit du fonds dominant, ne consiste pas dans un usage de la chose, c'est très-vrai; mais tout ce qui suit de là, c'est que le droit n'est pas un *jus in re,* ce qui n'empêche pas assurément que ce droit ne soit *in rem* et ne se poursuive *contre* la chose.

Si tout ceci n'était pas palpable et qu'il fallût un nouvel argument, notre art. 699 nous donnerait une démonstration mathématique à laquelle il est impossible d'échapper. En effet, il est bien évident que toute obligation doit frapper ou sur une personne, ou sur une chose et une personne tout à la fois : ainsi, dans les cas ordinaires, l'obligation frappe seulement sur la personne, elle est *in personam;* dans le cas de créance hypothécaire, elle existe à la fois contre la personne du débiteur et contre la chose hypothéquée, elle est *in rem* en tant qu'hypothécaire, et *in personam* comme obligation ordinaire. Mais s'il n'y a pas plusieurs sujets passifs de ma créance, il faut bien au moins qu'il y en ait un; car une *obligatio,* un *lien* qui ne lierait rien du tout, qui ne tiendrait aucune personne ni aucune chose, ce serait l'absurde, le néant. Or, précisément, l'obligation que M. Zachariæ nous dit ne pas être *in rem* n'est *pas du tout* contre la personne. Elle n'existe pas contre la personne, elle ne lie pas cette personne; car l'art. 699 déclare qu'en m'abandonnant le fonds, le propriétaire, *celui-là même qui a consenti l'obligation,* peut s'affranchir pleinement et rester étranger à un débat qui ne le concerne qu'autant qu'il possédera la chose. Ainsi, vous m'accordez aujourd'hui une servitude de passage sur votre terrain en vous assujettissant à faire à vos frais les travaux nécessaires pour l'exercice de la servitude; mais quand je vous sommerai de mettre du caillou pour ferrer le chemin, vous me direz que l'obligation vous semble trop onéreuse, que le lien vous gêne, et vous jetterez ce lien à terre en m'abandonnant le fonds, absolument comme le ferait, en cas d'hypothèque, non pas le débiteur, pensez-y bien, mais le simple *tiers détenteur* du bien hypothéqué, parce que lui n'est pas obligé personnellement et ne se trouvait lié accidentellement que par son rapport avec ce bien. Donc, le propriétaire qui m'a consenti la créance des travaux en même temps que la servitude n'est pas personnellement obligé, et ma créance n'est pas *in personam,* contre la personne; maintenant M. Zachariæ affirme qu'elle n'est pas *in rem,* contre la chose : contre quoi donc est-elle? où est le sujet passif du droit?... Il n'y en a pas, c'est un *lien* qui lie... rien du tout!!!

Il est donc *évident,* comme le dit M. Demante (I, n° 714), que si le propriétaire peut s'affranchir de la charge par l'abandon du fonds, c'est que *la charge est alors imposée au fonds.*

II. — 665. Mais est-ce le fonds servant tout entier que doit abandonner le propriétaire pour s'affranchir des travaux à faire?... Delvincourt et Pardessus (n° 316) répondent affirmativement (1); mais nous ne saurions adopter cette décision.

---

(1) *Conf.* Demolombe (*Serv.*, II, n° 82). *Voy.* aussi *Dict. not.* (v° Abandon d'un immeuble grevé de servitude).

C'est par l'intention commune des parties que toute convention doit s'interpréter; or, quand je vous ai concédé, à travers mon bois, qui contient soixante hectares et qui vaut 100000 francs, un passage que je me suis obligé à entretenir, comment serait-il possible de prétendre que notre idée a été que pour m'affranchir de mon obligation je serais tenu de vous donner mon bois tout entier? comment s'imaginer que j'entendais vous livrer une valeur de 100 000 francs en remplacement de travaux pour lesquels vous me versiez 12 ou 1 500 francs?... Mais, dit-on, les principes et les termes de la loi le veulent ainsi; car votre obligation est une charge imposée *au fonds,* et l'art. 699 dit aussi que vous devez abandonner le *fonds*.

Erreur que tout cela! Il ne faut pas jouer avec les mots. Quand on dit, dans l'espèce ci-dessus, que mon bois est grevé d'une servitude, ce n'est pas dans toutes ses parties qu'il l'est; c'est seulement dans la partie sur laquelle règne le chemin que vous pouvez parcourir : mon fonds n'est assujetti, n'est en servitude, que dans la partie sur laquelle vous devez passer, le reste est tout aussi libre qu'auparavant. L'article 699 veut que je vous abandonne *le fonds assujetti :* or, il n'y a d'assujetti que le terrain sur lequel vos voitures ont droit de circuler, et vous ne prétendrez pas apparemment que la servitude de passage vous confère le droit de faire couper tout le bois de mes soixante hectares de terrain pour vous promener en chariot sur toutes les parties de la propriété. Il n'y a d'assujetti que le chemin; je n'ai donc que ce chemin à vous abandonner. Delvincourt enseigne lui-même ailleurs (sur l'art. 700) que « quand le fonds servant vient à être divisé, et qu'il s'agit d'une servitude de nature à ne s'exercer que sur une partie du fonds, comme un droit de passage, il n'y a que la portion dans laquelle se trouve le passage concédé qui reste grevée de la servitude. » Donc le fonds entier n'était pas assujetti, et Delvincourt réfute lui-même ici ce qu'il avait dit plus haut.

Pour qu'on dût abandonner le fonds entier, il faudrait que la servitude affectât véritablement tout le fonds. Ainsi, quand vous m'avez concédé le droit de faire paître mes bestiaux dans votre herbage en vous obligeant à replanter du gazon dans cet herbage, à le marner, à y pratiquer des irrigations, vous ne pourrez vous affranchir de ces travaux qu'en me donnant la propriété de l'herbage entier.

En un mot (et cette décision, loin d'être une violation de notre article, en est, au contraire, l'application littérale), on sera tenu d'abandonner, ni plus ni moins, *ce qui est assujetti* à la servitude, ce sur quoi cette servitude s'exerce.

665 *bis*. On n'est parvenu à rendre la doctrine contraire quelque peu spécieuse qu'en se jetant dans des hypothèses qui sont complétement en dehors de la vérité des choses, ou tout au moins de l'ordre ordinaire des choses. On a imaginé des servitudes dont les frais d'établissement et d'entretien sont énormes et pourraient égaler (ou dépasser) la valeur totale du fonds servant! Ainsi, M. Pardessus suppose que, propriétaire d'un jardin, et voisin d'une personne qui voulait établir une

terrasse, j'ai soumis mon fonds à l'obligation de construire, et refaire, au besoin, l'énorme mur de soutenement qu'il suppose devoir coûter *dix mille francs* à bâtir ou rebâtir! Puis il demande victorieusement s'il serait juste que je pusse m'affranchir de l'obligation de rebâtir ce mur en abandonnant seulement la partie du terrain sur laquelle il porte. Mais une telle hypothèse n'est-elle pas trop exceptionnelle, nous pourrions dire trop chimérique, pour servir de base à une règle générale? n'est-il pas évident qu'en pareil cas le propriétaire du fonds servant n'aura pas voulu s'assujettir à faire les travaux et les aura laissés, comme ils sont de plein droit, à la charge du fonds dominant? Et la preuve que ces cas impossibles ou tout au moins fort extraordinaires, et qui ne devaient pas dès lors préoccuper le législateur, ne l'ont pas préoccupé en effet quand il a écrit notre article, c'est que, dans une telle hypothèse, l'application de cet article pourrait encore être une iniquité, même dans le sens que lui donnent Delvincourt et M. Pardessus, c'est-à-dire avec l'abandon du fonds entier. Mon jardin, en effet, peut ne valoir que douze ou quinze cents francs; et il serait profondément injuste, dès lors, que je pusse, en l'abandonnant, me débarrasser de l'obligation où je suis de faire pour vous un travail de dix mille francs!...

Pour de telles circonstances, si tant est qu'elles se réalisent jamais, c'est par une clause particulière de la convention qu'il faudra tout prévoir et régler. On y pourra stipuler que l'obligation ne cesserait que par l'abandon de l'immeuble entier ou même par le payement d'une somme plus forte que la valeur de cet immeuble. Mais en dehors d'une telle clause, pour les cas ordinaires, et en se tenant à la règle générale de notre article, il est tout naturel que je me libère de l'assujettissement en abandonnant, ni plus ni moins, *ce qui est assujetti* (1).

700. — Si l'héritage pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée.

Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit.

I. — 666. La division, soit du fonds dominant, soit du fonds servant, ne peut rien changer aux droits et aux devoirs que la servitude établit entre les deux fonds.

Ainsi, quand votre maison avait le droit de passer dans ma cour, et qu'elle se trouve divisée entre vos trois héritiers, qui viennent en habiter chacun un tiers, les gens des trois ménages pourront passer comme auraient pu le faire les divers locataires auxquels vous auriez loué cette maison : car ce n'était pas à vous personnellement et aux gens de votre maison que le passage était accordé, mais à la maison elle-même, et tout autant que l'utilité de cette maison pouvait le de-

(1) *Conf.* Maleville, Toullier (III, 680); Duranton (V, 615); Zachariæ (II, p. 82).

mander. Il n'en serait autrement qu'autant que le titre constitutif aurait restreint le droit de passer à un nombre déterminé d'habitants; ce nombre, dans ce cas, ne pourrait pas être dépassé.

Ainsi encore, quand votre fonds avait le droit illimité de prendre sur le mien l'eau, le sable, l'argile dont il pourrait avoir besoin, je ne pourrai pas empêcher vos héritiers de venir tous prendre de l'eau, quoique la quantité d'eau qu'ils prendront soit beaucoup plus considérable que celle que vous preniez : car il ne faut pas regarder ce que vous faisiez, mais ce que vous aviez le droit de faire; il ne faut pas restreindre la servitude aux besoins antérieurs du fonds dominant, quand elle a été concédée pour tous ses besoins actuels et futurs. Que si, au contraire, votre fonds n'avait le droit de prendre que tant d'hectolitres d'eau par mois, ou que la quantité de sable nécessaire pour sabler votre jardin de telle étendue déterminée, ou encore le droit de faire paître sur mes terres tel nombre déterminé de bêtes, il est clair que les limites indiquées ne pourront pas être dépassées, si grand que puisse devenir le nombre des propriétaires succédant au propriétaire primitif.

666 *bis*. Au reste, on conçoit que le point de savoir si l'on a en vue les besoins présents et à venir du fonds dominant, ou seulement les besoins qu'il avait lors de l'établissement de la servitude, serait une question d'intention qui se déciderait pour chaque espèce soit d'après les termes de l'acte, soit par l'ensemble des circonstances. Par exemple, si je n'avais concédé un droit de vue qu'à la maison que vous faisiez bâtir, celui de vos héritiers auquel appartiendrait le jardin dépendant de cette maison ne pourrait pas y faire bâtir une maison ayant des vues semblables, car j'ai concédé la servitude à une maison, et non pas à deux; si, au contraire, j'avais établi au profit *de votre fonds* le droit de prendre *des vues* en général sur le mien, vos héritiers pourraient prendre des vues pour deux, trois ou quatre maisons, comme vous l'auriez pu vous-même.

II. — 667. Réciproquement, la division du fonds servant ne modifierait pas les droits et devoirs réciproques des deux immeubles.

S'il s'agit d'une servitude ne s'exerçant que sur une partie du fonds, comme un droit de passage, et que cette partie se trouve dans un seul des lots, ce lot seul sera désormais affecté d'une servitude : il en serait autrement, et la servitude continuerait sur toutes les fractions de l'immeuble divisé, si la division s'était faite de telle manière que le chemin dû traversât toutes ces fractions.

Que s'il s'agissait d'une servitude s'exerçant sur toute l'étendue du fonds, comme un droit de pacage, il est clair que toutes les parties divisées en resteraient affectées pour le tout, comme l'était l'immeuble unique avant sa division (1).

---

(1) *Voy.* Aix, 18 nov. 1854 (Dev., 55, II, 33; *J. Pal.*, 55, I, 398).

701. — Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode.

Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée.

Mais cependant, si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser.

702. — De son côté, celui qui a un droit de servitude, ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier.

668. Il est bien évident que le propriétaire du fonds dominant ne peut user de la servitude que suivant son titre, c'est-à-dire dans les limites du droit qui résulte pour lui ou de l'acte constitutif, ou de la destination du père de famille, ou de la prescription. — En dehors de ces limites, il ne peut faire aucun changement qui aggrave la condition du fonds servant; mais, dans ces limites, il peut faire valablement tous les changements qu'il trouve utiles à son fonds, si gênants qu'ils puissent être pour le fonds servant (1).

Ainsi, quand mon titre me concède d'une manière absolue tout droit de vue sur votre terrain, je pourrai, après n'avoir eu pendant vingt, trente ou quarante années, que trois fenêtres à ma maison, en percer une quatrième, ou bâtir une seconde et une troisième maison, dont les vues seront également prises sur votre propriété; quand notre article me défend tout changement qui aggrave la condition de votre fonds, il entend parler des changements qui se feraient en dehors de l'étendue virtuelle de ma servitude.

On comprend que nous entendons par étendue *virtuelle* celle que *peut avoir* la servitude, par opposition à l'étendue avec laquelle elle s'exerce actuellement (2).

---

(1) Comp. Cass., 8 juill. 1857; Metz, 19 janv. 1858; Cass., 17 mars 1862; Pau, 10 nov. 1862 (Dev., 58, I, 672; 58, II, 460; 62, I, 454; 64, II, 51; Dall., 57, I, 395; 58, II, 200; 62, I, 294). — Ne peut être considéré comme une aggravation de la servitude de passage le fait d'avoir même, au moyen de l'adjonction d'un terrain voisin, agrandi le bâtiment pour le service duquel le passage avait été établi, s'il est reconnu que cet agrandissement a diminué la fréquence du passage. Cass., 28 juin 1865 (Dev., 65, I, 339).

(2) Jugé que le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude de passage a le droit d'élever des constructions au-dessus du sol affecté à l'exercice de la servitude, sous la seule condition de laisser au passage une largeur et une hauteur suffisantes, ainsi que la quantité d'air et de lumière nécessaire pour en user commodément. Aix, 19 janv. 1855 (Dev., 56, II, 666; Dall., 57, II, 32).

SECTION IV.

COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTEIGNENT.

703. — Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.

704. — Elles revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'article 707.

669. Le cas prévu par ces deux articles ne présente pas précisément, ou du moins pas toujours, une extinction de la servitude, mais souvent une simple suspension de son exercice. Quand les choses se trouvent pendant un temps plus ou moins long dans un état tel que je ne puis plus user de mon droit, il est clair que pendant ce temps je n'exercerai pas ma servitude; je ne ferai pas paître mes bestiaux dans votre herbage tant que cet herbage sera couvert de trois ou quatre pieds d'eau qu'une inondation y a jetés; mais je n'en conserve pas moins mon droit de servitude sur cet herbage, comme vous y conservez votre droit de propriété : l'exercice de mon droit est suspendu, mais mon droit n'est pas éteint. Aussi l'art. 703 dit-il seulement que dans ce cas la servitude *cesse,* et non pas qu'elle *s'éteint,* comme vont le faire l'article 705 pour la confusion et l'art. 706 pour le non-usage pendant trente ans. Seulement, comme cette cessation forcée de l'exercice de la servitude constitue un non-usage, la servitude finira par s'éteindre si ce non-usage réunit les conditions qui vont être expliquées plus loin. Mais ce n'est pas le changement d'état de choses, c'est le non-usage qui opère alors l'extinction de la servitude, et on rentre sous l'application des art. 706 et 707.

On conçoit, au surplus, que peu importe de quelle manière les choses se trouvent remises dans un état permettant de nouveau l'exercice de la servitude. Que l'état nouveau soit ou ne soit pas identiquement le même que l'ancien, du moment qu'il rétablit l'exercice de la servitude avant les trente ans, cette servitude continue, puisqu'il n'y a pas eu non-usage pendant le temps voulu (1).

669 *bis*. On conçoit également que ce serait abuser de l'art. 703 et l'appliquer faussement que de prétendre qu'une servitude cessera d'exister pour le tout parce que les choses se trouvent mises dans un état qui en rend l'usage impossible pour partie. Ainsi, quand la moitié seulement de la prairie que j'ai le droit de faire paître est couverte par une inondation ou enlevée par la violence des eaux, il est clair que ma ser-

---

(1) Rej., 21 mai 1851; Cass., 7 mai 1851 (Dev., 51, I, 406 et 409). — *Voy.* la critique que nous avons faite de l'arrêt de Lyon dans la *Revue critique* (t. I, p. 657). *Voy.* aussi Dijon, 9 janv. 1852 (Dev., 52, II, 127); Cass., 9 déc. 1857 (Dev., 59, I, 543); Orléans, 1er déc. 1848; Bordeaux, 14 août 1855 (Dev., 49, II, 593; 56, II, 682; Dall., 49, II, 22; 57, I, 566).

vitude ne cesse, soit temporairement, soit définitivement, que pour cette moitié du terrain et continue pour l'autre. Ainsi encore, quand j'ai stipulé du propriétaire du terrain placé devant ma maison et mon jardin une servitude qui apporte à son droit de propriété diverses restrictions, et notamment celle de ne pas construire au delà de telle hauteur, la circonstance d'une rue qui vient à être percée entre la maison voisine et la mienne, sur nos deux terrains, ne fera cesser que ceux des droits par moi stipulés que la présence de cette voie publique empêchera d'exercer, et non pas mon droit de m'opposer à ce que la maison du voisin soit élevée au delà de la hauteur convenue. Il est évident, en effet, que le percement de la rue ne fait pas cesser l'avantage qu'il y a pour moi à n'avoir pour vis-à-vis qu'une construction peu élevée, et à recevoir plus de jour et plus d'air que ne m'en laisserait une maison très-haute. C'est donc avec raison qu'un arrêt de Lyon qui déclarait la servitude *altiùs non tollendi* totalement éteinte dans ce cas a été cassé par la Cour suprême (1).

705. — Toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main.

670. Un fonds ne peut pas être frappé de servitude au profit de son propriétaire; je ne puis pas avoir tel ou tel démembrement d'un *dominium* qui m'appartient en entier, puisque alors ce *dominium* n'est pas démembré : *res sua nemini servit.* Lors donc que les deux fonds entre lesquels une servitude existait viennent à appartenir au même maître, la servitude s'éteint. Mais il faut appliquer ici, bien entendu, les observations que nous avons faites au n° VI de l'art. 617, et dire que la servitude renaîtrait si l'acquisition faite de l'un des fonds était annulée, rescindée, révoquée, pour une cause quelconque.

Au reste, en dehors même du cas d'annulation, l'extinction de la servitude n'est absolue et irrévocable que pour les servitudes non apparentes. Nous avons vu, en effet, sous l'art. 694, que, quand une servitude apparente existe entre deux héritages et que le propriétaire de l'un de ces héritages, après avoir acquis le second, aliène ensuite l'un des deux, sans que le signe extérieur de la servitude ait été détruit, cette servitude continue entre les fonds, comme avant leur réunion dans la même main. Ainsi, la réunion des deux fonds dans la même main ne produit l'extinction des servitudes apparentes que sous la condition que l'un d'eux ne sera pas aliéné ensuite, ou ne le sera qu'après la destruction du signe apparent de servitude.

706. — La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans.

707. — Les trente ans commencent à courir, selon les diverses espèces de servitudes, ou du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il

(1) *Voy.* la note précédente.

s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues.

SOMMAIRE.

I. Deuxième cause d'extinction : le non-usage pendant trente ans. De quel moment courent les trente ans.

II. Le non-usage ne produit pas l'extinction quand il a été impossible au maître du fonds dominant de le faire cesser.

III. La prescription de dix ou vingt ans peut-elle éteindre les servitudes? Controverse. Distinction.

I. — 671. Trente années de non-exercice d'un droit, trente années de silence de la part de celui à qui ce droit compétait, sont aux yeux de la loi la manifestation suffisante d'une renonciation faite à ce droit, ou d'un aveu tacite que ce droit n'était pas fondé. En conséquence, elle déclare que quand on sera resté trente ans sans user d'une servitude, elle sera éteinte, et ce pour toute espèce de servitudes.

Toutefois, il faut, bien entendu, que le non-usage soit caractérisé de manière à prouver l'abandon du propriétaire. Donc, tandis que pour les servitudes discontinues qui s'exercent par le fait actuel de l'homme, le non-usage consistera dans la simple absence d'aucun fait d'exercice; pour les servitudes continues, au contraire, lesquelles peuvent s'exercer sans aucun fait de l'homme, la loi ne voit, et avec raison, le non-usage que dans le silence gardé par le propriétaire du fonds dominant en présence d'un acte tendant à reconquérir la liberté du fonds servant. Ainsi, quand vous avez un droit de passage à travers mon champ ou un droit de puisage d'eau dans ma cour, ces droits seront éteints par cela seul que vous aurez été trente ans sans passer ou sans puiser de l'eau; au contraire, si votre maison jouit d'une servitude de vue sur ma propriété, il ne suffirait pas que pendant trente ans vos fenêtres restassent fermées et votre maison inhabitée, il faut qu'il ait été fait un acte qui soit la contradiction de votre droit; par exemple, un mur qui supprime vos vues : c'est après trente années de silence gardé par vous depuis la construction de ce mur que l'extinction par le non-usage s'opérera... Du reste, il importe peu que le mur ait été construit par moi ou par un tiers; votre silence est tout aussi significatif dans un cas que dans l'autre.

Il suffit que vous ayez été *trente ans sans passer;* il n'est pas nécessaire qu'il se soit écoulé trente ans depuis le moment où vous auriez dû passer. Ainsi, quand vous ne passez dans mon champ que tous les douze ans pour exploiter votre bois taillis, et qu'après y avoir encore passé en 1820, vous avez pris une autre route en 1832 et 1844, les trente ans ne courront pas de 1832 seulement, mais bien de 1820, et l'extinction se réalisera en 1850. En effet, depuis 1820 jusqu'en 1850, vous n'avez pas passé sur mon champ, vous n'avez pas usé de la servitude; il y a donc trente ans de non-usage (1).

(1) Une servitude de passage peut être déclarée éteinte par le non-usage pendant

II. — 672. Et puisque le non-usage n'éteint la servitude que parce qu'il indique et en tant qu'il indique le consentement du maître du fonds dominant d'abandonner son droit, comme on le voit par la condition que la loi exige dans le cas de servitude continue, il s'ensuit que le non-usage n'aurait pas les caractères voulus pour produire l'extinction s'il était impossible de trouver dans les circonstances cette renonciation tacite... Ainsi, quand la source sur laquelle j'avais un droit de puisage s'est tarie, et qu'elle reparaît après trente-cinq ans, pourquoi ma servitude serait-elle éteinte? Comment verrait-on dans mon silence une renonciation à mon droit? Est-ce que je pouvais agir contre vous pour vous forcer à faire l'impossible? C'est donc bien le cas d'appliquer la maxime *contra non valentem agere non currit præscriptio.* Il en serait de même d'un terrain sur lequel j'avais un droit de passage et que les eaux viendraient couvrir pendant plus de trente années; ou encore d'une maison dont j'avais le droit de prendre l'égout, et qui viendrait à brûler : car je ne puis vous contraindre à rebâtir votre maison, et encore bien moins à faire prendre un autre cours aux eaux qui couvrent votre fonds. Aussi la loi romaine décidait-elle, dans ces différents cas, que la servitude renaîtrait si les choses étaient rétablies dans leur ancien état, même après le délai voulu pour la prescription (Dig., l. 8, t. 3, 35; t. 6, 14 et 18, § 2).

Et telle est certainement la pensée de notre Code. En effet, l'art. 704 ne dit pas, en faisant allusion au délai de trente ans réglé par nos articles 706 et 707, que cet espace de temps *produira l'extinction* de la servitude; mais seulement qu'il la *fera présumer :* en sorte que le maître du fonds dominant conserve le droit de faire tomber cette *présomption* d'extinction, résultant de plein droit du non-usage de trente ans, en prouvant par les circonstances qu'il n'y a rien à induire de son silence et qu'il est dans le cas de la règle *contra non valentem.* C'est pour cela aussi, sans doute, que l'art. 665, en parlant des reconstructions de murs ou de maisons sur lesquels frappaient des servitudes, exige, pour que la servitude se continue, non pas que la reconstruction se fasse *avant trente ans,* mais d'une manière plus large et qui laisse plus de latitude au droit du fonds dominant, *avant que la prescription soit acquise,* expression qui réserve le cas où cette prescription ne pourrait pas s'acquérir.

Donc, pour que le non-usage de trente ans éteigne la servitude, il faut que ce non-usage ait été volontaire de la part du maître du fonds dominant. Ainsi, c'est sa maison, à lui, laquelle jouissait d'une servitude de vue, qui a été brûlée ou qu'il a démolie, et il est resté plus de trente ans sans la reconstruire; ou bien, la mare du voisin, sur laquelle il avait un droit de puisage, a été mise à sec par le fait de ce voisin, qui a dirigé sur un autre point les pentes de terrain pratiquées pour

---

les trente ans qui ont suivi la suppression du sentier par lequel s'exerçait cette servitude, encore bien que durant ce temps il ait été exercé quelques actes de passage rares et isolés, si d'après les circonstances ces actes doivent être considérés comme de pure tolérance. Cass., 23 juill. 1860 (Dev., 61, I, 526; Dall., 61, I, 111).

l'alimenter, et le maître de la servitude n'a pas demandé leur rétablissement, comme il le pouvait faire; ou bien, le voisin lui a enlevé l'eau de source qu'il devait laisser couler chez lui, et il n'a pas agi pour se la faire rendre, etc., etc. Dans tous ces cas, le propriétaire du fonds dominant avait la faculté de reprendre ou de se faire rendre l'usage de la servitude; son silence et son inaction constitueront donc une renonciation tacite, et partant l'extinction de la servitude. Mais il n'en saurait être ainsi quand cette inaction et ce silence étaient forcés pour lui (*Conf.* Zachariæ, II, p. 86) (1).

III. — 673. C'est une question très-controversée et délicate, en effet, que celle de savoir si les servitudes peuvent s'éteindre par la prescription de dix ou vingt ans au profit d'un tiers acquéreur de bonne foi. Delvincourt, Vazeille (II, 523), M. Duranton (V, 691), M. Troplong (*Prescript.*, 853) et M. Zachariæ (II, p. 90) répondent affirmativement; Toullier (III, 630), Favard (v° Servitude, sect. 3, § 3) et Pardessus (n° 306) soutiennent la négative (2). Quant à nous, la question nous semble devoir se résoudre par une distinction.

Quand la prescription du tiers acquéreur a pour objet unique de lui procurer la libération de la servitude, elle ne doit s'accomplir que par trente ans, conformément à notre article, ainsi que l'enseignent les trois derniers auteurs; mais quand cette prescription a pour objet l'acquisition de la propriété même du fonds, propriété dont la servitude n'est plus qu'un accessoire et une partie, elle s'accomplit par dix ou vingt ans, d'après l'art. 2265, et suivant la doctrine des cinq premiers jurisconsultes.

Ainsi, quand j'acquiers de son véritable propriétaire un fonds que je crois libre de toute servitude, mais sur lequel existe un droit de passage, qu'est-ce que j'ai à prescrire? cette servitude seulement : il s'agit d'une prescription à l'effet de libérer mon fonds d'une charge qui le grève. Or, la prescription à l'effet de libérer d'une servitude est réglée par notre art. 706, qui exige pour cela trente ans de non-usage, comme l'art. 690 exige trente ans de possession pour la prescription à l'effet d'acquérir une servitude active. Ces deux art. 690 et 706 sont corrélatifs, tous deux sont spéciaux pour les servitudes, et excluent l'application à notre matière des règles ordinaires de la prescription, conformément à l'article 2264, qui déclare que les règles du dernier titre du Code ne s'appliquent pas aux objets pour lesquels des règles particulières sont indiquées dans les titres qui leur sont propres. On doit donc, selon nous, rejeter ici la doctrine de MM. Troplong, Duranton, Zachariæ et autres, pour suivre celle de Toullier, Favard et Pardessus.

Mais quand j'ai acquis *à non domino,* qu'est-ce que j'ai à prescrire?

Le fonds lui-même, la propriété, le *dominium* de la chose; et la servitude n'étant qu'une partie, un fragment, un démembrement de

---

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Servitudes, n° 235). *Contrà :* Demolombe (*Serv.*, II, n° 979).

(2) Voy. *Dict. not.* (v° Servitudes, n°s 169 et 238).

ce *dominium*, cette partie se trouvera acquise comme et avec le reste du *dominium*, à l'obtention *entière* duquel je marche, puisque je possède comme mienne la chose tout entière : ce sera le cas de dire *tantum præscriptum quantum possessum*. Dans ce cas, ce n'est plus précisément à l'extinction d'une servitude que tend ma prescription, c'est à l'acquisition d'une propriété par laquelle cette extinction se trouvera entraînée virtuellement; ce n'est plus une prescription *à l'effet de libérer* mon fonds d'une charge, puisque je n'ai pas de fonds à moi, c'est une prescription *à l'effet d'acquérir* ce fonds; et puisqu'il ne s'agit plus *principaliter* d'une extinction de servitude, mais de l'acquisition pleine et entière de l'immeuble, ce n'est plus la règle spéciale de l'art. 706, mais bien la règle générale de l'art. 2265, qu'il faut appliquer. On doit donc alors, mais alors seulement, abandonner la doctrine de Toullier, Favard, etc., pour suivre celle de MM. Duranton, Troplong, Zachariæ, etc.

Ces derniers auteurs, pour établir que la prescription de dix ou vingt ans doit s'appliquer absolument à tous les tiers acquéreurs, disent que dans le cas de celui qui a vraiment acquis la propriété et dont la prescription tend seulement à l'extinction de la servitude, on trouve encore une prescription à l'effet d'acquérir; il s'agit, disent-ils, *d'acquérir la propriété pleine de l'héritage, d'usucaper la franchise* de cet héritage. Mais l'inexactitude de cette idée est évidente; car je pourrais dire aussi, quand je prescris la créance que vous avez sur moi, que je prescris à l'effet *d'acquérir ma libération* et de gagner une somme de 10 000 francs que je vous dois, laquelle n'est pas mienne et le deviendra par la prescription : c'est-à-dire qu'avec ce système il n'y aurait plus de prescription à l'effet de se libérer!... Il ne faut pas jouer avec les mots : il est clair qu'alors vous avez le *dominium*, vous êtes le propriétaire de la chose, et vous tendez à débarrasser cette chose, à la libérer d'une charge dont elle est débitrice. C'est donc bien le cas de notre art. 706. — Aussi cette application de la prescription de dix ou vingt ans au tiers qui a acquis du véritable maître, et qui est propriétaire du fonds, est-elle repoussée par une jurisprudence constante (1).

708. — Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière.

674. On appelle mode de la servitude la manière dont elle s'exerce.

---

(1) Paris, 25 août 1834; Orléans, 31 déc. 1835; Caen, 13 avr. 1836; Aix, 3 oct. 1836; Rej., 20 déc. 1836; Limoges, 14 fév. 1837; Rej, 28 mars 1837; Rej., 16 avr. 1838; Bordeaux, 29 mai 1838; Dijon, 8 mars 1844; Rej., 18 nov. 1845; Cass. (d'un arrêt de Nancy), 31 déc. 1845; Metz, 2 juill. 1846 (Dev., 35, II, 134; 36, II, 5; 37, I, 145 et 506; 38, I, 756, et II, 352; 46, I, 74; *J. Pal.*, 1846, I, 40, et II, 512); Cass., 14 nov. 1853 (Dev., 54, I, 105; Dall., 53, I, 329). — Il n'existe aucun arrêt, à notre connaissance du moins, qui ait statué dans le cas d'une prescription tendant à l'acquisition de la propriété même et ne produisant la libération de la servitude que comme conséquence de cette acquisition.

Dire que les modes de la servitude peuvent se prescrire, c'est donc dire que la prescription peut changer l'exercice de cette servitude tout en la laissant subsister : et cela est tout simple, car la prescription, qui peut briser le droit de servitude, doit pouvoir, à plus forte raison, lui apporter des modifications.

Ainsi, quand vous aviez le droit de puiser de l'eau à ma fontaine la nuit comme le jour, et que vous vous êtes abstenu, depuis trente années consécutives, d'en venir puiser la nuit, vous n'aurez plus que le droit d'en puiser pendant le jour; le non-usage a restreint votre servitude, l'a éteinte dans une partie, comme elle l'aurait éteinte pour tout si vous aviez absolument cessé de puiser de l'eau (1). Et, puisque le non-usage de trente ans, parce qu'il peut éteindre en entier la servitude, d'après l'art. 706, peut aussi l'éteindre pour partie, c'est-à-dire la modifier en la restreignant, il est clair que la possession effective de trente ans, qui peut créer la servitude d'après l'art. 690, peut aussi lui créer une extension, c'est-à-dire la modifier en l'augmentant; seulement, tandis que le non-usage peut restreindre toutes les servitudes, parce qu'il peut les briser toutes, l'usucapion ne pouvant créer que les servitudes continues et apparentes, ne pourra aussi accroître qu'elles. Donc, quand même, ayant le droit de puiser de l'eau chez moi pendant le jour, vous seriez venu depuis plus de trente ans en puiser aussi la nuit, je pourrais toujours m'opposer à la continuation de ce puisage nocturne, attendu qu'il s'agit d'une servitude discontinue. Et si pendant les trente années vous n'étiez jamais venu dans le jour, votre droit de puiser dans le jour étant éteint sans que celui de puiser la nuit ait pu s'établir, votre servitude serait complétement anéantie. On ne saurait donc admettre la doctrine de la Cour de Caen, d'après laquelle le maître d'une servitude de passage peut, en passant pendant trente ans par un autre endroit que celui qui est assigné par le titre, acquérir par prescription le droit de passer par le nouvel endroit (2). En perdant par le non-usage l'ancienne servitude (3), on n'a point acquis la nouvelle, puisque la servitude de passage, étant discontinue, ne s'ac-

---

(1) Bien que le propriétaire d'un fonds, au profit duquel a été constituée une servitude consistant dans le droit de passer sur un autre fonds avec chevaux et voitures, n'ait, pendant plus de trente ans, passé qu'à pied sur ce terrain, son droit d'y passer selon le mode stipulé n'en subsiste pas moins, alors qu'au fait du passage à pied se joint la conservation de vestiges du passage avec voitures. Cass., 5 juin 1860 (Dev., 60, I, 497; Dall., 60, I, 252).

(2) 27 août 1842 (Dev., 43, II, 101). Un autre arrêt de la même Cour, du 15 mars 1848 (Dev., 49, II, 664), malgré son analogie avec le précédent, n'a cependant rien d'inexact au fond, car il ne parle pas d'acquisition par prescription; il déclare seulement la non-extinction de la servitude primitive. Et, en effet, il n'y avait eu de modifié dans l'espèce que l'entrée du passage sur le chemin public, et ce par suite de l'impraticabilité du chemin sur ce point. Ce cas rentrait donc dans ce que nous avons dit sous l'art. 706. On sait, du reste, que l'imprescriptibilité ne s'applique point au passage pour enclave (art. 682). — *Voy.* aussi Cass., 6 déc. 1864 (Dev., 65, I, 79).

(3) Mais il n'y a pas extinction par le non-usage de la servitude telle qu'elle a été primitivement constituée, si le déplacement partiel de son assiette n'est qu'un acte de tolérance réciproque entre les parties. Lyon, 12 juill. 1865 (Dev., 65, II, 288).

quiert point par prescription (*Conf.* Duranton, V, 607; Pardessus, n° 304).

Il est évident encore que celui qui n'exercerait pas le droit principal de la servitude, et le laisserait éteindre par le non-usage, perdrait en même temps, et quand même il les aurait exercés, les droits accessoires qui n'étaient accordés que pour l'exercice du premier. Ainsi, quand vous aviez sur ma citerne un droit de puisage d'eau pour lequel vous pouviez passer dans ma cour, et que vous avez été trente ans sans puiser d'eau, votre droit de passer sera éteint comme et avec le droit de puisage, quand même vous auriez continué de passer pendant les trente ans. En effet, vous n'aviez pas le droit absolu de passage, mais seulement le droit relatif de *passer pour puiser de l'eau;* et comme vous ne pouvez plus puiser de l'eau, il s'ensuit que vous ne pouvez plus passer.

709. — Si l'héritage en faveur duquel la servitude est établie, appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous.

710. — Si parmi les copropriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres.

675. Quand le fonds dominant appartient à plusieurs propriétaires sans être divisé entre eux, chacun des communistes (c'est-à-dire des propriétaires de la chose commune) ayant un droit qui frappe sur toutes les parties du fonds entier, il s'ensuit que les actes utiles qu'il accomplit profitent, non pas à telle ou telle partie du fonds, mais à tout le fonds, comme s'ils étaient faits par les divers copropriétaires réunis. Lors donc qu'une servitude appartenant à ce fonds aura été exercée par un seul, elle sera conservée pour les autres comme pour lui. Et il en serait ainsi alors même que le bénéfice de la servitude étant parfaitement divisible, le copropriétaire n'aurait exercé cette servitude que pour une partie proportionnelle à sa fraction de propriété; par exemple, si le droit consistait à prendre trois hectolitres d'eau par mois, et que, copropriétaire pour un tiers, il n'eût pris depuis trente ans dans chaque mois qu'un seul hectolitre d'eau. Sans doute, la servitude se trouverait restreinte, ainsi qu'on l'a vu par l'article précédent, et le fonds servant ne devrait plus désormais qu'un muid d'eau par chaque mois; mais ce muid d'eau n'appartiendrait pas au seul propriétaire qui a exercé la servitude : il appartiendrait toujours au fonds dominant, et dès lors aux trois copropriétaires chacun pour un tiers. En un mot, quand un seul des copropriétaires du fonds indivis a usé de la servitude, le résultat est le même que s'ils en avaient fait à eux tous l'usage qu'il en fait à lui seul.

De même, aucune extinction ni restriction de la servitude ne pouvant s'accomplir que par le non-usage contre un propriétaire mineur

ou interdit (attendu que la prescription ne court pas contre les mineurs ni contre les interdits, aux termes de l'art. 2252), il s'ensuit que la présence d'un copropriétaire mineur ou interdit conservera la servitude dans son intégrité au profit du fonds entier, et dès lors au profit de tous les copropriétaires.

Au contraire, quand le fonds dominant est partagé entre ses différents propriétaires, il est clair qu'alors il y a autant d'immeubles distincts que de portions; que la servitude est due séparément à chacun de ces immeubles; et que par conséquent l'exercice de l'un des propriétaires, ou bien sa minorité ou son interdiction, n'empêcherait pas la servitude de s'éteindre pour les autres (1).

APPENDICE AUX CAUSES D'EXTINCTION.

SOMMAIRE.

I. Les servitudes s'éteignent encore par l'arrivée du terme ou de la condition prévue.

II. Et aussi par la remise qu'en fait le propriétaire du fonds dominant. Cette remise ne peut pas se présumer, mais elle peut être tacite.

III. Elles s'éteignent enfin par la résolution du droit du concédant; mais non par celle du droit du concessionnaire. Grave erreur de M. Duranton.

I. — 676. A Rome, les servitudes prédiales ne pouvaient pas, dans les principes rigoureux du droit civil, être établies pour commencer ou pour finir à telle époque ou à tel événement, ou sous telle condition, *neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem;* mais le droit prétorien s'était éloigné de cette rigueur, et maintenait toutes les modalités dont l'acte constitutif avait affecté la servitude (D., l. 8, t. 1, 4). Il n'est pas douteux que ces diverses modalités seraient parfaitement légales chez nous, et que la servitude établie *ad tempus* ou *ad certam conditionem* s'éteindrait quand le terme ou l'événement prévu arriverait.

II. — 677. Il est évident aussi qu'un propriétaire peut faire la remise, soit gratuite, soit à titre onéreux, de la servitude qui appartient à son fonds.

Quand la remise est faite par l'un des copropriétaires d'un fonds indivis, elle aura immédiatement effet pour sa part, s'il s'agit d'une servitude dont l'exercice puisse se diviser sans préjudice pour les autres copropriétaires; si cet exercice ne peut pas se diviser actuellement sans préjudice pour les autres copropriétaires, la remise, s'il y a lieu, produira son effet après le partage fait; elle le produirait dans tous les cas si celui qui l'a faite devenait seul propriétaire du fonds dominant. Réciproquement, la remise faite à l'un des propriétaires du fonds

(1) La prescription d'une servitude n'est pas suspendue au profit du cohéritier majeur, par le fait de la minorité de son cohéritier et pendant l'indivision qui a subsisté entre eux, si, par le partage ultérieur, l'immeuble est devenu la propriété exclusive du majeur. Cass., 29 août 1853 (Dev., 53, I, 707; Dall., 53, I, 230).

servant produirait, soit pendant l'indivision, soit après, tous les effets compatibles avec le maintien de la servitude contre les autres propriétaires.

Il est évident que la remise, comme toute autre renonciation à un droit, ne peut pas se présumer, et qu'elle doit résulter ou d'une déclaration expresse, ou de circonstances qui ne laissent aucun doute sur l'intention du renonçant. Ainsi, quand vous avez le droit de diriger sur mon fonds l'eau que le conduit de votre gouttière déverse sur le vôtre, et que d'un commun accord nous élevons à la ligne séparative de nos fonds, jusque-là sans clôture, un mur à la construction duquel vous présidiez vous-même, il est clair que si vous ne laissez dans le mur aucune ouverture pour le passage de l'eau, et que vous dirigiez cette eau d'un autre côté, vous prouvez suffisamment que vous abandonnez votre droit de servitude.

III. — 678. Lorsque la propriété de celui qui a concédé la servitude se trouve annulée, rescindée ou révoquée pour une cause quelconque antérieure à l'établissement de la servitude, il est bien clair que, d'après la maxime *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis,* la servitude qu'il a consentie s'évanouit, comme s'évanouirait toute autre charge réelle par lui établie sur l'immeuble.

678 *bis*. Mais cet effet ne résulterait pas de la résolution du droit de celui à qui la servitude a été concédée, comme l'enseigne à tort M. Duranton (V, 554 et 679).

En effet, la raison de douter qui pourrait se tirer de l'art. 1119, la seule qui puisse se présenter, disparaît devant le moindre examen. Cet art. 1119 déclare que, quand on contracte *en son propre nom,* on ne peut contracter valablement que pour soi et ses héritiers; en sorte que, pour contracter validement au profit d'un tiers, il faut agir *au nom* de ce tiers à titre de mandataire ou de gérant d'affaires. « Or, dirait-on, quand Paul voit se révoquer l'aliénation que vous aviez faite à son profit, Paul se trouve légalement avoir toujours été étranger à l'immeuble ; c'est vous qui avez toujours été le propriétaire, et la stipulation qu'elle a faite en son propre nom, ayant été faite par un tiers, ne saurait produire aucun effet. » Mais tout ceci est inexact; il est faux que Paul soit réputé avoir été toujours étranger à l'immeuble. Il est bien vrai que, par l'effet de la révocation de sa propriété, on ne peut plus dire en droit qu'il ait été propriétaire ; mais il reste vrai de dire qu'il a été possesseur et administrateur du bien, et à ce titre il y a eu pour lui, non pas seulement pouvoir, mais même devoir de faire tout ce que l'utilité du bien pouvait exiger : la révocation, en faisant évanouir son droit de propriété, n'empêche pas et ne peut pas empêcher que par la nature même des choses et la force des circonstances il n'ait été mon mandataire, mon gérant d'affaires, pour tout ce qui était dans l'intérêt du bien que je lui avais concédé et qui me revient aujourd'hui. Ce n'était pas en son propre nom et pour son compte personnel qu'il stipulait ou qu'il recevait, par un legs ou autrement, une servitude foncière ; c'était en

tant que propriétaire du fonds, au nom et dans l'intérêt de ce fonds, à qui seul la servitude devait profiter, puisqu'il est défendu d'établir les servitudes en faveur de la personne (art. 686).

M. Duranton dit que, puisque je ne suis pas obligé de souffrir la servitude qu'il aurait imposée à mon fonds, je ne puis pas, par une même raison, conserver celle qu'on lui a consentie!... L'argument est étrange. Paul a été mon mandataire, mon gérant d'affaires, *dans l'intérêt* du bien, et non pour son détriment : il a pu faire ma condition *meilleure,* mais il n'a pas pu la faire pire; ici, comme partout, je puis conserver les résultats de toute gestion qui m'est utile, sans être tenu de respecter les actes qui me préjudicient, et pour lesquels, par cette raison-là même, il n'avait pas de pouvoir (1).

679. On présente quelquefois comme un nouveau mode d'extinction des servitudes l'abandon que le propriétaire du fonds servant ferait de ce fonds au propriétaire du fonds dominant. Mais il est clair que c'est là un des cas de l'art. 705, un cas de confusion, puisque la servitude ne s'éteint alors que parce qu'il y a réunion des deux fonds dans la même main.

RÉSUMÉ DU TITRE QUATRIÈME.

DES SERVITUDES RÉELLES.

I. — La servitude réelle est une charge imposée à un fonds pour l'utilité ou l'agrément d'un autre fonds.

On en distingue deux espèces : 1° les servitudes proprement dites, qui sont établies par le fait de l'homme comme exception au droit commun, et qui constituent dès lors un démembrement de la propriété du fonds auquel elles sont imposées ; 2° les servitudes établies par la loi elle-même, et qui, formant dès lors le droit commun des héritages, ne sont que les limites légales de la propriété, au lieu d'en être un démembrement.

La loi range même, et nous rangerons comme elle, parmi ces servitudes improprement dites, des obligations qui sont toutes personnelles, mais qui naissent à l'occasion du voisinage des deux fonds.

---

(1) Wolf (*Just. nat.*, 5e part.), Pothier (*Cout. d'Orléans*, tit. 13), Toullier (III, 682), Pardessus (n° 318, *in fine*), présentent comme allant de soi la doctrine que nous soutenons; Delvincourt, Zachariæ et les autres auteurs, en énumérant parmi les causes d'extinction la résolution du droit du *concédant*, sans jamais parler du concessionnaire, la professent implicitement. Enfin, M. Duvergier n'indique pas même la contradiction élevée sur ce point par M. Duranton, sans doute parce qu'il la trouve d'une inexactitude trop évidente.

CHAPITRE PREMIER.

DES SERVITUDES LÉGALES OU IMPROPREMENT DITES.

II. — Parmi ces servitudes, les unes sont consacrées par la loi à raison de la situation même des lieux; les autres sont créées par elle dans l'intérêt de la propriété foncière.

SECTION PREMIÈRE.

DES SERVITUDES CONSACRÉES PAR LA LOI, A RAISON DE LA SITUATION DES LIEUX.

III. — Les fonds inférieurs sont obligés, sans aucune indemnité pour eux, de recevoir les eaux, les pierres, les terres, qui descendent des fonds supérieurs sans aucun fait de l'homme. Quand c'est par le fait de l'homme que cette chute a eu lieu ou devient plus onéreuse, le propriétaire inférieur peut s'opposer à l'écoulement, s'il y a possibilité de l'empêcher (1); que si c'est impossible, il est bien tenu de subir encore cet écoulement, mais il a droit à une indemnité.

Le droit de s'opposer à l'écoulement ou de réclamer une indemnité appartient à tous les propriétaires lésés, et non pas seulement à celui dont le fonds serait contigu (art. 640).

IV. — Celui dans le fonds duquel naît une source en est le propriétaire et peut absorber l'eau; mais s'il la laisse couler sur les fonds inférieurs, et que le propriétaire de l'un de ces fonds en jouisse pendant trente ans, à partir de la confection d'ouvrages faits pour en faciliter le cours et que le propriétaire de la source a pu voir, celui-ci ne peut plus la lui enlever. Peu importe que les travaux aient été faits sur le fonds même où naît la source, ou sur un fonds immédiatement ou médiatement inférieur. Si donc le propriétaire de la source veut empêcher la prescription, il doit avoir soin, avant les trente ans depuis la confection des travaux, ou de détourner le cours de l'eau, ou d'intenter contre l'auteur des ouvrages une action qui vienne protester contre les conséquences qui en résulteraient (art. 641 et 642).

Si la source fournit aux besoins d'une commune ou d'un hameau, les habitants ont toujours le droit d'en conserver l'eau, en payant au propriétaire une indemnité que des experts, à défaut d'accord entre les parties, calculeront sur le préjudice que ce propriétaire éprouve. Le droit du propriétaire de faire fixer une indemnité est prescrit lorsque les habitants ont joui pendant trente ans, même sans aucun ouvrage fait par eux; que si l'indemnité avait été fixée, le droit d'en réclamer le

---

(1) Ainsi, je ne suis tenu de recevoir ni vos eaux de ménage, ni même les eaux pluviales que vous dirigez sur mon fonds par une gouttière; vos gouttières ne doivent pas aggraver pour moi la position naturelle des lieux. Et alors même que votre gouttière ne jetterait aucune eau sur mon terrain, il faut encore qu'elle n'avance pas au-dessus de mon fonds, puisque je suis propriétaire du dessus comme du dessous de ce fonds.

payement serait prescrit après trente ans du jour où ce payement pouvait être exigé. Du reste, cette disposition ne s'applique qu'à une source, à un cours d'eau naturel ; on ne pourrait pas l'invoquer pour une mare, un canal artificiel (art. 643).

V. — Celui qui se trouve avoir une petite rivière dans son héritage, ou seulement contre cet héritage, peut se servir de l'eau soit pour l'irrigation de ses propriétés, soit pour tout autre usage. Quand l'eau borde seulement son héritage, il doit en prendre sans la dériver de son cours; quand, au contraire, elle passe dans sa propriété, il peut en disposer comme il l'entend, pourvu qu'il la rende à son cours naturel à la sortie du fonds (art. 644).

Toutefois, des règlements administratifs peuvent, pour les besoins de l'agriculture ou de l'industrie, modifier le droit absolu qui, en principe, devrait résulter de la propriété; et à défaut de règlements, les tribunaux, sur les réclamations des différents intéressés, sont autorisés à concilier ces mêmes besoins de l'industrie ou de l'agriculture avec le respect dû au droit de propriété (art. 645).

VI. — Tout propriétaire peut contraindre son voisin au bornage de leurs héritages, par une action qui doit se porter au tribunal de la situation de ces héritages. Le même droit appartient à l'usufruitier et à toute autre personne ayant sur le bien le droit réel de jouissance; mais le voisin peut exiger la mise en cause du propriétaire.

Les frais du bornage, mais non pas ceux du procès qui l'aurait précédé, sont payés pour moitié par chacune des deux parties (article 646).

VII. — Le droit de parcours que deux communes ont l'une sur l'autre, et le droit de vaine pâture qui existe entre les divers habitants d'une commune, n'empêchent pas les propriétaires de clore leurs héritages, et de les soustraire par là à l'exercice de ces droits; mais, bien entendu, le propriétaire qui enclôt son terrain perd lui-même, en proportion, son droit au parcours ou à la vaine pâture.

Quand le droit de vaine pâture n'existe qu'entre deux particuliers et qu'il est établi par titre, le propriétaire ne peut s'y soustraire pour clore son héritage qu'en payant une indemnité (art. 647 et 648).

SECTION II.

DES SERVITUDES CRÉÉES PAR LA LOI DANS L'INTÉRÊT DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE.

§ 1er. — De la mitoyenneté.

VIII. — 1° *Du mur mitoyen.* Tout mur servant de séparation, soit entre deux terrains enclos, soit entre deux bâtiments (mais non celui qui serait entre un bâtiment et un enclos), est présumé mitoyen, dans le premier cas, pour toute sa hauteur; dans le second, jusqu'au toit le moins élevé, c'est-à-dire pour toute la partie dans laquelle il est vraiment entre deux bâtiments (art. 653).

Mais cette présomption générale de mitoyenneté tombe, soit devant

la preuve résultant d'un titre, soit devant la présomption plus forte de pleine propriété résultant, au profit d'un des voisins, de l'une de ces trois circonstances : 1° que le dessus du mur, non muni d'un chaperon (ou couverture), n'a d'inclinaison que vers son terrain; 2° que le chaperon, qu'il ait ou non un larmier, n'est également incliné que de son côté ; 3° que le mur ne présente que de son côté des corbeaux, c'est-à-dire des pierres assises dans l'épaisseur du mur et faisant saillie pour recevoir des poutres au besoin (art. 654).

Si la présomption de non-mitoyenneté résultant de ces indices était contredite par un titre qui déclarerait le mur mitoyen, ou même l'attribuerait en entier à l'autre propriétaire, c'est évidemment ce titre qui l'emporterait, une présomption devant toujours tomber devant la preuve contraire (*ibid.*).

IX. — Chacun des copropriétaires d'un mur mitoyen doit contribuer, en proportion de son droit, à la réparation ou au rétablissement du mur. Toutefois, il peut se libérer de cette obligation en abandonnant la mitoyenneté, excepté 1° quand il s'agit d'un mur soutenant une construction qui lui appartient ; 2° quand c'est par son fait que la réparation ou la reconstruction est nécessitée (art. 655 et 656).

X. — Tout copropriétaire peut se servir du mur mitoyen pour les usages auxquels il est propre, mais sans porter atteinte au droit semblable du voisin.

Ainsi, il peut y placer des poutres ou solives, pourvu qu'elles s'arrêtent à 54 millimètres (2 pouces) du parement opposé; et si le voisin voulait à son tour placer des poutres sur le même point, les premières seraient réduites à l'ébauchoir jusqu'à la moitié du mur. Que si le mur n'était mitoyen que dans une certaine partie de son épaisseur, le voisin ne pourrait placer ces poutres que dans cette partie mitoyenne; mais il le pourrait dans toute cette partie, et sans réserver alors les 54 millimètres ; de son côté, celui qui est propriétaire unique du reste de l'épaisseur pourrait toujours faire réduire les poutres jusqu'à la moitié de la partie mitoyenne (art. 657).

XI. — Le copropriétaire peut exhausser à ses frais le mur mitoyen. Si le mur n'est pas en état de supporter la charge, ce copropriétaire doit, soit en jetant bas le mur pour en construire un plus fort, soit en lui donnant un surcroît d'épaisseur sur son propre terrain, faire, à ses frais toujours, tous les travaux nécessaires.

Les constructions nouvelles, qui restent, bien entendu, sa propriété exclusive, sont à sa charge pour l'entretien, tandis que la partie mitoyenne se répare toujours à frais communs; mais toutes les fois que l'exhaussement doit donner lieu à des réparations plus dispendieuses, le constructeur est tenu de payer au voisin une indemnité proportionnelle (art. 658 et 659).

XII. — Au reste, la faculté de faire sur le mur mitoyen une innovation quelconque peut bien s'exercer sans le consentement de ce voisin, mais non pas à son insu et sans explication préalable. Le copropriétaire doit donc, avant de pratiquer aucun enfoncement ou d'appuyer

aucun ouvrage, s'entendre avec son copropriétaire, et, s'ils ne peuvent tomber d'accord, faire régler par experts les moyens de ne pas nuire aux droits de ce dernier (art. 662).

XIII. — Le voisin peut acquérir la mitoyenneté de ces constructions nouvelles, soit immédiatement après leur confection, soit plus tard, en payant la moitié de la valeur qu'elles ont au moment de l'acquisition, et aussi en restituant l'indemnité qu'il aurait reçue, si le surcroît de réparations en vue duquel elle avait été payée n'a pas été nécessaire (art. 660).

XIV. — 2° *Du fossé mitoyen.* Le fossé qui sépare deux héritages clos ou non clos est réputé mitoyen, si le contraire ne résulte 1° d'un titre, ou 2° de cet indice, que la douve, c'est-à-dire le rejet de la terre, se trouve d'un seul côté : celui qui a la douve est présumé propriétaire exclusif. Ici encore, s'il y avait contradiction entre cet indice et un titre qui attribuerait à celui qui n'a pas la douve soit la mitoyenneté, soit même la propriété exclusive, c'est le titre qui l'emporterait. Il va sans dire que le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs (articles 666-669).

XV. — 3° *De la haie mitoyenne.* Toute haie séparant deux héritages, pourvu que ces héritages soient clos l'un et l'autre, est présumée mitoyenne. Ici encore, comme pour les murs et les fossés, la présomption de mitoyenneté céderait à l'acte qui établirait le contraire, et l'apparence de la propriété exclusive de celui dont l'héritage est seul clos y céderait également.

Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme elle, sans qu'il y ait à considérer s'ils sont plus rapprochés de l'un des héritages que de l'autre. En conséquence, l'ébranchage et la récolte se font à frais communs entre les deux propriétaires, et les produits se partagent entre eux par moitié. Chacun des copropriétaires peut exiger l'abatage de ces arbres mitoyens, quelque âge qu'ils aient (art. 670 et 673).

XVI. — Il va sans dire que, pour toute espèce de clôture, le droit de mitoyenneté d'un des voisins, comme aussi sa propriété exclusive, se perdraient par prescription et passeraient à l'autre, si celui-ci avait possédé exclusivement cette clôture pendant le temps requis. Ce dernier pourrait également acquérir par prescription la mitoyenneté de la clôture appartenant d'abord en entier à l'autre propriétaire (article 670).

Quant à la simple possession annale, elle ne m'enlèverait ni ma propriété exclusive, ni mon droit de mitoyenneté, ni les moyens légaux d'établir au pétitoire l'un ou l'autre de ces droits; elle vous donnerait seulement la certitude de triompher au possessoire, d'être maintenu dans votre possession, et d'arriver par elle à la prescription, si par une action intentée au pétitoire je ne faisais pas cesser cette possession avant le temps voulu pour prescrire. Au reste, ce serait à moi, puisque je serais demandeur, de prouver au pétitoire que votre possession a

commencé à une époque trop rapprochée pour que la prescription vous soit acquise (*ibid.*).

XVII. — 4° *Des parties mitoyennes d'une maison divisée par étages.* Quand une maison est divisée par étages, et que l'acte de partage ne s'explique pas sur les réparations ou reconstructions, les gros murs, le toit, les voûtes et autres parties restées mitoyennes se réparent ou se rétablissent à frais communs, chacun des copropriétaires y contribuant proportionnellement à la valeur de son étage; sauf la faculté pour lui de se soustraire à la contribution en abandonnant cet étage. Pour tout le reste, chaque propriétaire répare et rétablit seul tout ce qui fait partie de son étage, même l'escalier, quoique sur ce dernier point la règle ne soit pas toujours équitable (art. 664).

§ 2. — De la clôture forcée.

XVIII. — Dans les villes et faubourgs, chaque propriétaire peut forcer son voisin de contribuer pour moitié à la construction, reconstruction ou réparation des murs séparant leurs héritages; sauf la faculté pour le voisin de se soustraire à l'obligation de contribuer, en renonçant à la mitoyenneté du mur, et à la portion de son terrain sur laquelle la moitié de ce mur porte ou doit porter (art. 663).

A partir du 10 février 1804, les murs à construire ou reconstruire ont dû et doivent, à moins d'accord contraire entre les deux voisins, s'élever à la hauteur voulue par les règlements ou les usages locaux, et à défaut de règlements et d'usages, à 32 décimètres, ou 10 pieds, dans les villes de 50 000 âmes ou au-dessus, et 28 décimètres, ou 8 pieds, dans les autres. Le chaperon est compris dans cette hauteur (art. 664).

Quant aux murs déjà existants avant le 10 février 1804, on n'a pas pu, et l'on ne pourrait pas, hors le cas d'une reconstruction, forcer le voisin de contribuer à leur exhaussement (*ibid.*).

XIX. — Si un exhaussement ou un abaissement que l'un des propriétaires aurait fait subir au sol donnait une différence de niveau entre les deux héritages à leur ligne séparative, le mur devrait toujours monter à la hauteur voulue au-dessus du terrain le plus élevé; mais ce serait au propriétaire qui a changé l'état primitif du sol à subir seul le surcroît de dépenses que le changement nécessite; et il ne pourrait, dans ce cas, se libérer de sa contribution au reste du travail qu'en payant ce surcroît de dépenses en même temps qu'il abandonnerait la portion de terrain nécessaire et son droit à la mitoyenneté (*ibid.*).

§ 3. — Des distances voulues pour les plantations d'arbres ou de haies.

XX. — Le propriétaire d'un terrain ne peut y planter ni y laisser croître des arbres à haute tige qu'à la distance fixée par les règlements

ou usages locaux, et à défaut de règlements et d'usages, à la distance de 2 mètres, ou 6 pieds 3 pouces, du fonds voisin. La distance n'est que d'un demi-mètre, ou 19 pouces, pour les autres arbres et les haies vives (art. 671).

Le voisin peut faire arracher les arbres ou haies qui sont à une moindre distance, à moins qu'ils n'y soient ostensiblement depuis trente ans, cas où leur propriétaire a acquis par prescription le droit de les y maintenir. Mais il n'aurait pas celui d'en planter d'autres à la place quand ils tomberont; car la concession même formelle du droit de conserver les arbres plantés ne donnerait pas, évidemment, le droit d'en planter de nouveaux à perpétuité (art. 672).

XXI. — Le voisin peut faire couper les branches qui avancent sur son fonds, alors même qu'elles auraient commencé à le couvrir depuis plus de trente ans, la nature des choses commandant de considérer dans ce cas le silence du voisin comme un acte de tolérance qui ne peut fonder une prescription. Au reste, tant que le voisin consent à ne pas faire couper les branches, il est tout naturellement obligé de laisser le propriétaire des arbres entrer sur son terrain pour y récolter les fruits; sauf son droit à une indemnité si la chute ou la récolte de ces fruits lui cause quelque préjudice (art. 672).

Quant aux racines qui avancent dans son terrain, le voisin peut les couper lui-même (*ibid.*).

§ 4. — Des précautions à prendre pour certains travaux.

XXII. — Un propriétaire ne peut faire sur son fonds aucun travail de nature à porter atteinte au droit du voisin qu'en accomplissant les mesures de précaution indiquées par les règlements ou usages locaux, et en prenant d'ailleurs tous les moyens que la prudence commande. Que si, faute d'avoir pris assez de précautions, ou nonobstant toutes les précautions possibles, les travaux lèsent les droits du voisin, l'auteur du travail est obligé de réparer le dommage causé, de prendre de nouvelles mesures pour éviter un dommage ultérieur, ou même, si aucune précaution ne peut conjurer ce dommage, de supprimer son travail (art. 674).

Si cependant le voisin lésé laissait passer trente ans sans se plaindre, son action sera prescrite; sauf sa plainte à l'autorité s'il s'agit d'un état de choses nuisible ou dangereux pour la salubrité ou la sûreté publiques (*ibid.*).

XXIII. — Mais, pour que le voisin puisse se plaindre, il ne suffirait pas qu'il y eût pour lui un dommage quelconque, il faut que le dommage soit *sine jure factum*. Or, la ligne de démarcation entre l'un et l'autre dommage se trouve dans cette règle : que chaque propriétaire peut (sauf les restrictions formellement imposées par la loi) faire tout ce qu'il veut sur son fonds; mais sans rien faire sur celui du voisin, y rien mettre ou envoyer, en un mot, sans y toucher ni directement ni indirectement (*ibid.*).

§ 5. — Des jours et des vues pris sur un voisin.

XXIV. — On appelle jours de souffrance, jours de tolérance, ou simplement *jours,* les ouvertures par lesquelles on se procure de la lumière sans donner passage à l'air; on appelle *vues* les fenêtres ouvrantes et autres ouvertures libres par lesquelles on reçoit de la lumière et de l'air en même temps.

Aucune vue ni aucun jour ne peuvent être pratiqués dans un mur mitoyen que du consentement des deux copropriétaires (art. 665); mais le propriétaire exclusif d'un mur peut y avoir des jours ou des vues sous les conditions suivantes.

XXV. — Les simples *jours* de souffrance peuvent être pris même dans un mur joignant immédiatement l'héritage voisin; mais il faut 1° que la lumière soit tirée au moyen d'un verre fixé à un châssis non mobile; 2° que l'ouverture entière soit garnie d'un treillis de fer dont les mailles ne peuvent pas avoir plus de 1 décimètre ou 3 pouces 8 lignes; 3° enfin, que la partie inférieure de l'ouverture soit au moins à 26 décimètres, ou 8 pieds, au-dessus du sol de la pièce éclairée, pour le rez-de-chaussée; et à 19 décimètres, ou 6 pieds, pour les étages supérieurs (art. 676 et 677).

Si le voisin vient à acquérir la mitoyenneté du mur, il peut faire boucher les jours; et ce, quand même ils existeraient depuis plus de trente ans, attendu que, n'ayant pas eu le droit d'agir pour les faire supprimer, la prescription n'a pas pu courir contre lui (*ibid.*).

XXVI. — Les *vues,* ou ouvertures libres, sont droites ou obliques. Les vues droites, c'est-à-dire celles par lesquelles on peut regarder la propriété voisine en face, peuvent exister, soit par l'ouverture d'un mur parallèle à la ligne séparative des héritages, soit par une saillie pratiquée ou sur ce mur parallèle ou même sur un mur perpendiculaire à cette ligne séparative.

XXVII. — Les vues droites ne peuvent exister qu'à 19 décimètres (6 pieds) de la ligne séparative, et les vues obliques à 6 décimètres (23 pouces). Cette règle s'applique partout : pour les héritages clos ou non clos, dans les campagnes comme dans les villes, même au milieu des champs et loin de toute habitation; mais elle n'a d'application qu'entre héritages, et non aux vues prises sur une voie publique (articles 678 et 679).

Les 6 pieds exigés pour les vues droites se mesurent, 1° dans le cas d'ouverture simple dans un mur parallèle à la ligne séparative, à partir du parement extérieur de ce mur; 2° dans le cas de saillie pratiquée sur ce mur parallèle, à partir du parement de la façade de cette saillie; 3° dans le cas d'une saillie pratiquée sur un mur perpendiculaire à cette même ligne, à partir du bout de la saillie le plus rapproché de cette ligne (art. 680).

XXVIII. — Le voisin peut faire boucher les vues prises à une moindre distance, à moins qu'il ne les ait laissées subsister pendant trente ans.

Dans ce cas, en effet, le propriétaire des fenêtres aurait acquis par prescription la servitude de vues, et le voisin ne pourrait plus ni faire boucher les fenêtres, ni les rendre illusoires en bâtissant contre elles. Que si la maison au profit de laquelle la servitude existe venait à tomber, mais qu'elle fût reconstruite avant trente ans, la servitude continuerait. En effet, votre obligation de ne prendre vos vues qu'à telle distance du voisin ne constituant point une servitude imposée à votre fonds, mais bien l'état normal de ce fonds aux yeux de la loi, il s'ensuit que la prescription, accomplie à votre profit, a produit, non pas une extinction de servitude passive, mais bien la création d'une servitude active contre le fonds voisin. Du reste, si le voisin est alors tenu de ne bâtir qu'à 6 pieds, il peut néanmoins avoir des fenêtres à cette même distance, puisqu'il laisse ainsi à l'autre propriétaire le double avantage que la loi entend assurer à chacun, 1° d'avoir 6 pieds d'air devant ses fenêtres, et 2° d'avoir aussi 6 pieds de distance entre la limite de sa propriété et les fenêtres de son voisin (art. 679).

§ 6. — Du passage forcé en cas d'enclave.

XXIX. — Quand un fonds se trouve enclavé, le propriétaire peut exiger un passage sur l'un des fonds voisins, à la charge de payer une indemnité qui se règle par experts, à défaut d'accord entre les parties, et qui se calcule sur le préjudice que l'exercice du passage doit causer. Il y a enclave quand le fonds n'a d'issue sur aucune voie publique, ou qu'il ne communique qu'à une voie publique impraticable ou insuffisante pour l'exploitation, ou même quand il est séparé de la voie publique par une rivière sur laquelle il n'existe ni pont ni bac sur toute la longueur du fonds; à moins qu'il ne s'agisse d'une petite rivière faisant partie du fonds, et sur laquelle le propriétaire pourrait jeter un pont qui communiquerait à une voie publique suffisante à l'exploitation.

En principe, le passage doit se prendre sur le point où le trajet sera le plus court; mais on doit s'écarter de cette règle si quelque circonstance l'exige, et notamment si, sur ce point, le passage était trop dommageable à celui qui le fournit (art. 682-684).

XXX. — Le droit de réclamer le passage est imprescriptible, et le propriétaire du fonds enclavé pourrait toujours l'exiger, quand même il aurait laissé passer trente années et plus sans exploiter son fonds; mais, au contraire, s'il avait exercé continuellement le passage pendant trente ans, le droit de l'autre propriétaire à réclamer une indemnité serait prescrit. Que si l'indemnité avait été fixée et que le créancier eût laissé passer trente ans sans en exiger le payement, la créance serait prescrite alors même que le débiteur n'aurait pas exercé le passage pendant ce laps de temps (art. 685).

Cette servitude légale pour enclave n'est pas, comme la servitude de passage ordinaire, insusceptible de prescription et de possession civile. Ce n'est pas que la prescription puisse jamais ici faire acquérir le droit,

puisque par cela seul qu'il y a enclave le droit existe, mais elle peut déterminer le lieu par où le passage s'exercera. Cette différence entre les deux servitudes tient à ce que, le droit de passer existant toujours ici, le fait de passer apparaît tout naturellement comme exercice de ce droit, et non comme simple acte de tolérance (*ibid.*).

Si le fonds cessait d'être enclavé, le droit de passage s'évanouirait, et il y aurait lieu, si l'indemnité avait été payée, d'en réclamer une partie plus ou moins considérable, selon le temps plus ou moins long pendant lequel le passage se serait exercé. Si l'enclave résultait de la division d'un fonds unique, communiquant à une voie publique, ce ne serait plus le cas de la servitude légale dont il s'agit : le passage serait dû, sans indemnité, sur la partie communiquant au chemin, par l'effet de l'intention tacite des parties (*ibid.*)

CHAPITRE II.

DES SERVITUDES PROPREMENT DITES OU ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

Nous avons à voir ici successivement 1° quelles sont les diverses espèces de servitudes; 2° comment elles s'établissent; 3° quels effets elles produisent; 4° enfin comment elles s'éteignent.

SECTION PREMIÈRE.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SERVITUDES.

XXXI. — Parmi les diverses divisions que peuvent recevoir les servitudes, deux seulement présentent de l'importance : ce sont celles qui les classent en continues et discontinues, apparentes et non apparentes.

Les servitudes sont continues ou discontinues, selon qu'elles peuvent ou non s'exercer sans le fait actuel de l'homme; elles sont apparentes ou non apparentes, selon que leur existence s'annonce ou non par quelque ouvrage extérieur (art. 688 et 689).

XXXII. — Au reste, les propriétaires ont pleine liberté d'établir telle espèce de servitudes qu'il leur plaît et avec telle modification qu'ils jugent à propos, pourvu seulement que leurs dispositions n'aient rien de contraire à l'ordre public.

Or, il est un genre d'obligation, usité autrefois, mais que notre Code prohibe formellement comme présentant ce caractère de contradiction à l'ordre public. Ce sont de prétendues servitudes réelles qui, sous la forme de services fonciers et au moyen de la relation d'un fonds à un fonds, cachent des charges imposées réellement aux personnes ou au profit des personnes. La loi exige impérieusement que le rapport établi d'un immeuble à un autre immeuble le soit vraiment à la charge de l'un et pour l'utilité ou l'agrément de l'autre (art. 656).

SECTION II.

DE L'ÉTABLISSEMENT DES SERVITUDES.

XXXIII. — Les servitudes peuvent s'établir de trois manières : 1° par titre ; 2° par la destination du père de famille ; 3° par la prescription ou usucapion.

1° Toutes servitudes peuvent s'établir par acte entre-vifs ou testamentaire, à titre gratuit comme à titre onéreux (art. 690 et 691).

Si l'acte constitutif d'une servitude se trouve perdu, il peut être remplacé par un acte récognitif émané du propriétaire actuel du fonds servant, sans qu'il soit nécessaire que cet acte récognitif relate la teneur du titre primordial (art. 695).

2° Les servitudes continues et apparentes s'établissent valablement par la destination du père de famille (art. 692).

Il y a destination du père de famille quand c'est le propriétaire des deux héritages qui a mis lui-même les choses dans l'état d'où résulte la servitude. On comprend, du reste, que le point de savoir si les deux héritages ont été réunis dans la main d'un seul propriétaire, et si c'est ce propriétaire qui a créé l'état de choses que l'on invoque, est un simple fait qui pourra toujours se prouver par témoins (art. 693).

3° Les servitudes continues et apparentes s'établissent encore par prescription ; mais seulement par une prescription de trente ans, sans qu'on puisse jamais invoquer pour elles, au moyen de la bonne foi et d'un titre, la prescription de dix ou vingt ans.

L'usucapion, qui peut acquérir une servitude, peut acquérir aussi à plus forte raison une extension, un mode plus avantageux de cette servitude ; pourvu toujours qu'il s'agisse d'une servitude continue et apparente (art. 690).

SECTION III.

DES EFFETS DES SERVITUDES.

XXXIV. — L'étendue des droits qu'une servitude confère au propriétaire du fonds dominant se détermine par l'intention du constituant, en cas d'établissement par titre ou par destination du père de famille ; et par les limites mêmes de la possession, dans l'établissement par prescription.

Quand il y a titre, c'est par les termes du titre et d'après les règles générales sur l'interprétation des conventions que l'intention s'apprécie. Ainsi, il est évident que la concession du droit de puiser de l'eau comprend, quoiqu'on ne l'ait pas dit, le droit de passer pour arriver à la mare, au puits, etc. Quand il y a eu seulement destination du père de famille, l'appréciation se fait d'après les circonstances dans lesquelles la servitude a été constituée. Enfin, quand la servitude est acquise par prescription, on doit, ainsi qu'on vient de le dire, s'en tenir rigoureusement à ce qui est possédé depuis le temps voulu, d'après la règle *quantum possessum, tantum præscriptum*.

XXXV. — C'est donc d'après l'intention des parties qu'on déciderait si le droit d'extraire du sable ou de l'argile, de puiser de l'eau, de faire paître des bestiaux, etc., doit se mesurer sur l'état où le fonds était et sur le nombre d'habitants qu'il avait au moment de l'établissement de la servitude, ou s'il doit s'étendre aux besoins qu'un changement postérieur pourrait donner à ce fonds. On déciderait de même si un droit de vue n'a été donné que pour telle maison alors existante sur le fonds dominant, ou pour toutes les constructions qu'on pourrait y élever.

Dans le doute, c'est la franchise de l'héritage qui doit se présumer. Au reste, si grande que soit l'étendue virtuelle du droit du fonds dominant, l'exercice actuel de ce droit ne peut jamais être plus onéreux que ne le demande le besoin actuel de cet héritage.

XXXVI. — Quand l'étendue virtuelle du droit du fonds dominant est une fois reconnue, elle ne peut jamais être augmentée par la division de l'héritage dominant, ni restreinte par celle du fonds servant (art. 700).

XXXVII. — Le propriétaire du fonds dominant peut, bien entendu, exécuter sur le fonds servant tous les travaux que réclame l'exercice ou la conservation de sa servitude, mais il doit les faire à ses frais. Il en serait pourtant autrement si un titre, contemporain ou postérieur à l'établissement de la servitude, mettait ces travaux à la charge du propriétaire du fonds servant (art. 697 et 698).

Cette créance de travaux étant alors un accessoire de la servitude, la loi la revêt des caractères de celle-ci, non pas absolument (car il était impossible, par la nature même des choses, d'en faire un *jus in re*), mais autant que les circonstances le permettaient. Elle en fait un droit réel du second ordre, c'est-à-dire une obligation *in rem scripta,* une charge imposée au fonds lui-même devenant alors débiteur à l'instar d'une personne, comme dans l'hypothèque. Et non-seulement cette obligation est imposée au fonds, mais elle n'est imposée qu'à lui; en sorte que le propriétaire même qui l'a consentie peut, comme le pourrait un tiers acquéreur du fonds, s'en affranchir en abandonnant soit le fonds entier, si la servitude s'exerce sur tout le fonds, soit, dans le cas contraire, la partie sur laquelle elle s'exerce (art. 699).

XXXVIII. — L'équité ne permettant pas d'imposer jamais à autrui une gêne dont on ne doit tirer aucune utilité, la loi contraint le propriétaire du fonds dominant à subir le déplacement de la servitude quand ce déplacement, sans nuire en rien à ses droits, doit être avantageux au propriétaire du fonds servant (art. 701).

SECTION IV.

DE L'EXTINCTION DES SERVITUDES.

XXXIX. — Les servitudes peuvent s'éteindre par sept causes différentes :

1° L'échéance du terme marqué (append. aux art. 703-710);

2° L'accomplissement de la condition à laquelle la servitude était soumise (*ibid.*);

3° La résolution *ex tunc* du droit de propriété du constituant (*ibid.*).

Quant au droit de propriété de celui à qui la servitude a été consentie, sa résolution serait insignifiante. En effet, la servitude avait été stipulée, non pour lui personnellement, mais pour l'immeuble; or, si par l'effet de la résolution il cesse d'être et d'avoir été propriétaire, il ne cesse pas d'avoir été le possesseur et l'administrateur du bien, le gérant d'affaires du propriétaire, ayant dès lors capacité pour stipuler tout ce qui pouvait être avantageux à l'immeuble (1).

4° La remise du propriétaire du fonds dominant (*ibid.*).

Cette remise peut être faite même par l'un des copropriétaires par indivis du fonds dominant, ou à l'un des copropriétaires par indivis du fonds servant; sauf à ne produire que les effets qui se trouvent compatibles soit avec les droits des autres copropriétaires du fonds dominant, soit avec le maintien de la servitude quant aux autres copropriétaires du fonds servant.

La remise peut être gratuite ou à titre onéreux : elle peut être expresse ou tacite. Mais il faut du moins, si elle n'est pas expresse, qu'il n'y ait aucun doute sur l'intention du renonçant; car la remise ne peut pas se présumer.

5° La confusion, c'est-à-dire la réunion des deux fonds dans une même main (art. 705).

Cette extinction n'est irrévocable que pour les servitudes non apparentes. Car, en cas de servitude apparente, si le propriétaire des deux fonds vient à en aliéner un sans que le signe extérieur de la servitude ait disparu, la servitude continue d'exister (art. 694).

6° Le non-usage, ou prescription à l'effet de libérer (art. 786).

Ce non-usage doit durer trente ans. En cas de servitude discontinue, comme elle ne s'exerce que par le fait actuel de l'homme, les trente ans courent du moment même où le propriétaire du fonds dominant n'a plus usé de la servitude; pour les servitudes continues, au contraire, comme elles peuvent s'exercer sans le fait de l'homme, il ne suffit plus que celui-ci n'en ait fait aucun usage, il faut qu'il se soit accompli un fait arrêtant l'exercice de la servitude : c'est de l'accomplissement de ce fait que partent les trente années. Mais il importe peu comment ce fait s'est accompli, et qu'il provienne du propriétaire du fonds servant, ou du propriétaire du fonds dominant, ou d'un tiers, ou d'un événement fortuit; il suffit que le maître de la servitude, pouvant faire cesser le non-usage qui résultait de ce fait, ne l'ait pas fait cesser pendant les trente années (art. 707).

Le non-usage peut aussi, sans éteindre la servitude, rendre son mode moins avantageux, c'est-à-dire en restreindre l'étendue (art. 708).

---

(1) *Stipuler*, c'est se faire promettre; en stipulant on devient créancier, comme en *promettant* on devient débiteur.

Au reste, le non-usage, pour opérer la prescription, ne doit pas avoir été le résultat de circonstances telles que le propriétaire du fonds dominant n'ait pu le conjurer ni s'en plaindre : ainsi le non-usage provenant de l'inondation du terrain qui me devait un passage, du desséchement de la source où j'avais un droit de puisage, de l'incendie de la maison dont les toits me donnaient de l'eau, n'empêcherait pas la servitude de continuer si les choses venaient à être rétablies dans leur premier état. La prescription, en effet, ne court pas contre celui qui n'a pas le droit d'agir (art. 703 et 704).

7° Enfin, l'usucapion ou prescription à l'effet d'acquérir.

Lorsqu'un tiers acquiert par prescription la propriété de l'immeuble servant, il l'acquiert tout entière, et pour les fractions qui en étaient démembrées sous le nom de servitudes comme pour le reste. Cette prescription, à la différence du non-usage, qui demande toujours trente années, s'accomplit par dix ou vingt ans quand le tiers réunit un titre et bonne foi (art. 706, n° III).

N. B. — Les différents copropriétaires d'un bien indivis ayant un droit qui frappe sur le bien tout entier, et les servitudes étant dues à ce bien, non aux personnes, il s'ensuit que la servitude qui serait conservée pour l'un de ces propriétaires (soit parce qu'il aurait continué d'en user, soit parce que sa qualité de mineur ou d'interdit aurait empêché la prescription de courir) se trouverait conservée absolument et pour tous les copropriétaires (art. 709 et 710).

Il en serait autrement, bien entendu, une fois que l'immeuble serait partagé; car, de ce moment, il y aurait autant d'immeubles dominants que de parties distinctes, et la servitude se conserverait bien pour l'un d'eux en s'éteignant pour les autres (*ibid.*).

FIN DU TOME DEUXIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

EXPLIQUÉES DANS LE DEUXIÈME VOLUME.

Pages

TIT. VII. — De la paternité et de la filiation 1
CHAP. Ier. — Filiation des enfants légitimes 2
Durée des gestations. Désaveu. Contestation de légitimité (art. 312-318) . . 2
CHAP. II. — Preuve de la filiation des enfants légitimes 24
Preuve par le titre (art. 319) 25
Preuve par la possession d'état (art. 320 et 321) 28
Effets de la réunion du titre et de la possession d'état (art. 322) 30
Preuve par témoins (art. 323 à 325) 31
Règles générales (art. 326 à 330) 35
CHAP. III. — Des enfants naturels 44
SECT. Ire. — De la légitimation (art. 331 à 333) 44
SECT. II. — De la reconnaissance des enfants naturels 50
De la reconnaissance volontaire (art. 334 à 336) 50
De la reconnaissance, volontaire ou judiciaire, faite pendant le mariage (art. 337) 58
De la reconnaissance judiciaire (art. 340 à 342) 75
RÉSUMÉ du titre VII 86
TIT. VIII. — De l'adoption et de la tutelle officieuse 97
CHAP. Ier. — De l'adoption 97
SECT. Ire. — De l'adoption et de ses effets 97
Conditions de l'adoption faite entre-vifs (art. 343 à 346) 97
De l'adoption par un prêtre et de celle d'un bâtard reconnu 98
Effets de l'adoption (art. 347 et 348, 349 à 352) 110
SECT. II. — Des formes de l'adoption faite entre-vifs (art. 353-360) 121
CHAP. II. — De la tutelle officieuse et de l'adoption testamentaire 128
Conditions de l'adoption testamentaire (art. 366) 130
RÉSUMÉ du titre VIII 136
TIT. IX. — De la puissance paternelle 142
Règles générales (art. 371 à 374) 143
Droit d'éducation et de correction (art. 375 à 383) 146
Droit d'administration des biens (appendice) 159
Droit d'usufruit légal (art. 384 à 387) 165
RÉSUMÉ du titre IX 181
TIT. X. — Minorité, tutelle, émancipation 188
CHAP. Ier. — De la minorité (art. 388) 189
CHAP. II. — De la tutelle 191
SECT. Ire. — Tutelle légale des père et mère 191
Quand s'ouvre la tutelle des enfants légitimes ou naturels (art. 390) 191
Conseil nommé par le père à la mère survivante (art. 391 et 392) 196
Du curateur au ventre (art. 393) 196
Refus de la mère. Cas de son second mariage; second mari cotuteur (art. 394 à 396) 198

Pages
SECT. II. — Tutelle déférée par le père ou la mère (art. 397 à 401) 201
SECT. III. — Tutelle légale des ascendants 204
SECT. IV. — Tutelle (dative) déférée par le conseil de famille 207
Formation du conseil de famille (art. 406 à 410) 207
Convocation et délibération du conseil (art. 411-416). 215
Du protuteur (art. 417). 220
Quand le tuteur doit entrer en fonctions (art. 418). 222
SECT. V. — Du subrogé tuteur (art. 420 à 426). 223
SECT. VI. — Des causes qui dispensent de la tutelle. 228
Des différentes causes d'excuse (art. 427-441) 228
SECT. VII. — Incapacités, exclusions et destitutions de la tutelle. 235
Des causes d'incapacités (art. 442). 235
Des causes d'exclusion et de destitution (art. 443-449) 240
SECT. VIII. — De l'administration du tuteur 245
Droits du tuteur sur la personne de l'enfant (art. 450) 245
Droits quant aux biens. Obligations qu'il doit remplir en entrant en fonctions (art. 451 à 456) 248
De l'aliénation et de l'hypothèque des immeubles (art. 457-460) 256
Conditions exigées pour divers autres actes (art. 461 à 467) 261
Quand et comment le tuteur a le droit de correction (art. 468). 266
SECT. IX. — Des comptes de la tutelle (art. 469 à 475) 267
CHAP. III. — De l'émancipation. 272
Causes et effets de l'émancipation (art. 476-479, 480-484) 272
Causes et effets de sa révocation (art. 485 et 486). 287
RÉSUMÉ du titre X 290
TIT. XI. — Majorité, interdiction et conseil judiciaire. 310
CHAP. Ier. — De la majorité (art. 488). 310
CHAP. II. — De l'interdiction. 311
Pour quelles causes et par qui elle peut être provoquée (art. 489 à 491). . . 311
Formes de l'instruction et du jugement (art. 492 à 501). 313
Effets de l'interdiction (art. 502 à 511). Comment elle finit (art. 512) 316
CHAP. III. — Du conseil judiciaire (art. 513 à 515) 324
RÉSUMÉ du titre XI 326
APPENDICE. — Des personnes non interdites placées dans un établissement d'aliénés 331
LIV. II. — Des biens, de la propriété et de ses modifications 333
TIT. Ier. — De la distinction des biens. 333
CHAP. Ier. — Des immeubles 334
Des immeubles par leur nature (art. 517 à 521) 334
Des immeubles par leur destination (art. 522-525) 340
Des immeubles par leur objet (art. 526). 350
Différence entre le *jus in re* et le *jus ad rem*, entre le *jus in rem* et le *jus in personam*; nature du droit d'hypothèque. 350
Dissertation sur la nature du droit d'un locataire d'immeubles. 350
CHAP. II. — Des meubles. 372
Des meubles par leur nature (art. 528, 531 et 532) 372
Des meubles par leur objet. — Des rentes (art. 529 et 530) 373
Division des meubles par nature en choses fongibles ou non fongibles, en choses de consommation et de non-consommation. 384
CHAP. III. — Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent. 387
Biens de l'État, des communautés et des particuliers (art. 537-542). 387
Diverses espèces de droit qu'on peut avoir sur les biens (art. 543) 391
RÉSUMÉ du titre Ier 394
TIT. II. — De la propriété et de son acquisition par l'accession. 402
Ce qu'est le droit de propriété (art. 544 et 545) 402
Du droit d'accession (art. 546). 405
CHAP. Ier. — Droit d'accession sur ce qui est produit par la chose. 408

Pages
De l'acquisition des fruits et autres produits (art. 547-550) 408
Chap. II. — Droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose. . . . 413
Sect. Ire. — Du droit d'accession relativement aux choses immobilières 413
Constructions et plantations faites sur ou dans le sol (art. 552-555). 413
Accroissement résultant du voisinage d'un cours d'eau (art. 556-563). . . . 424
Bêtes sauvages devenant l'accessoire d'un fonds (art. 564). 430
Sect. II. — Droit d'accession relativement aux choses mobilières. 433
§ 1er. De l'adjonction (art. 566-569). 434
§ 2. De la spécification (art. 570-572). 436
§ 3. Du mélange (art. 573 et 574). 439
§ 4. Règles communes aux trois cas (art. 575-577) 440
Résumé du titre II. 442
Tit. III. — De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. 451
Chap. Ier. — De l'usufruit 452
Ce que c'est que l'usufruit (art. 578) 452
Comment il s'établit (art. 579 et 580). 455
Sur quels biens il peut frapper (art. 581) 458
Sect. Ire. — Des droits de l'usufruitier. 461
Distinction des fruits naturels et des fruits civils (art. 582-584). 461
Comment l'usufruitier acquiert les uns et les autres (art. 585 et 586). . . . 463
Du quasi-usufruit (art. 587). 473
Mode de jouissance de l'usufruitier (art. 595) 479
Sect. II. — Des obligations de l'usufruitier. 489
De l'inventaire, de l'état et de la caution (art. 600-604) 489
Des réparations d'entretien et autres charges analogues (art. 605-609). . . . 497
De la contribution aux intérêts des dettes (art. 610-612). 504
Frais des procès; actions compétant à l'usufruitier; obligation de dénoncer le trouble concernant la propriété (art. 613 et 614). 514
Des obligations naissant à la fin de l'usufruit (art. 615 et 616). 520
Sect. III. — Comment l'usufruit prend fin. 523
Chap. II. — De l'usage et de l'habitation. 544
Comment s'établit et s'éteint le droit d'usage ou d'habitation (art. 625). . . 545
Droits et obligations de l'usager (art. 626-635) 547
Résumé du titre III 550
Tit. IV. — Des servitudes réelles ou services fonciers. 568
Dispositions générales (art. 637-639) 568
Chap. Ier. — Des servitudes dérivant de la situation des lieux 570
De l'obligation de recevoir ce qui découle naturellement du fonds supérieur (art. 640) 570
Des droits d'un propriétaire sur la source qui sort de son fonds (art. 641 et 642). 572
Du droit pour les habitants d'une commune ou hameau de conserver le ruisseau qui leur est nécessaire (art. 643). 579
Des droits du propriétaire dont une eau courante borde ou traverse les héritages (art. 644 et 645). 580
Du droit de contraindre son voisin au bornage (art. 646) 582
De la faculté de clore son héritage (art. 647 et 648). 585
Chap. II. — Des servitudes établies par la loi. 585
Observations générales (art. 649-652). 585
Sect. Ire. — De la mitoyenneté et des droits qui s'y rapportent. 586
Du mur mitoyen (art. 653-662). 586
Du droit de contraindre à se clore (art. 663). 594
Des parties mitoyennes d'une maison divisée par étages (art. 664) 596
Du fossé et des haies mitoyens (art. 666-670). 597
Des arbres plantés sur ou vers les limites des deux héritages (art. 671-673) . 602
Sect. II. — Des précautions à prendre pour certains travaux. 608
Sect. III. — Des jours et des vues sur la propriété du voisin. 610

Pages
SECT. IV. — De l'égout des toits. 618
SECT. V. — Du droit de passage en cas d'enclave. 620
CHAP. III. — Des servitudes établies par le fait de l'homme 623
SECT. Ire. — Des diverses espèces de servitudes. 624
De la défense de créer des servitudes personnelles sous l'apparence de servitudes foncières (art. 686) 624
Des servitudes urbaines ou rurales, continues ou discontinues, apparentes ou non apparentes (art. 687-689) 626
SECT. II. — Comment s'établissent les servitudes 628
De la prescription (art. 690) 628
Du titre (art. 691 et 695) 628
De la destination du père de famille (art. 692 et 693) 630
SECT. III. — Droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due. . . . 638
De l'obligation imposée au fonds servant d'exécuter les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude (art. 699). 638
Du cas où le fonds dominant vient à être divisé (art. 700). 642
Du droit pour le propriétaire du fonds servant de faire déplacer la servitude (art. 701) 644
SECT. IV. — Comment les servitudes s'éteignent. 645
De la confusion (art. 705 et 694). 646
Du non-usage et de l'usucapion (art. 707-710 et aussi 703). 646
De l'arrivée du terme ou de la condition (appendice) 653
De la remise faite par le propriétaire du fonds dominant (*ibid.*) 653
De la résolution du droit du constituant (*ibid.*). 654
RÉSUMÉ du titre IV 655

FIN DE LA TABLE.

PARIS. — TYPOGRAPHIE DE J. BEST,
rue Saint-Maur-Saint-Germain, 15.

2

a39003 008354465b

DATE DUE

-1 FEV 1995

11/7/89
Maned

CAT. NO. 1137